

Paolo Bernasconi

Prof. em. - Dr. h. c.

Au Comité de AJURES

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

Ant. par email ajures@bluewin.ch

Lugano, le 2 mars 2018

PB/ca/sb

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

Mesdames,
Messieurs,

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

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

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

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

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

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

Avec mes salutations les meilleures.

Paolo Bernasconi



ASSOCIATION
POUR LA
JUSTICE
RESTAURATIVE
EN SUISSE

A

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

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

Lausanne, le 9 mars 2018

Projet de révision du CPP – Introduction de la justice restaurative

Madame la Conseillère fédérale,

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

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

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

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

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

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

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

3,70 au moins de cette même unité et jusqu'à 8,10 selon les études, en coût de récidive économisé¹.

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

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

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

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

Enfin, nous nous permettons de rappeler que la Justice restaurative est recommandée par le Conseil de l'Europe depuis dix-neuf ans², par l'Union Européenne depuis dix-sept ans³ et par les Nations Unies depuis seize ans⁴. Suivant ces recommandations, de nombreux États Européens ont introduit une base légale en faveur de la Justice restaurative ainsi que des programmes qui la mettent en œuvre. Le retard important de la Suisse doit être comblé au plus vite.

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

Pour l'AJURES



Camille Perrier Depeursing, présidente

Annexes : ment.

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

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

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

⁴ http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2002/ECOSOC/Resolution_2002-12.pdf.



ASSOCIATION
POUR LA
JUSTICE
RESTAURATIVE
EN SUISSE

A

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

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

Lausanne, le 20 mai 2017

Projet de révision du CPP – Introduction de la justice restaurative

Madame la Conseillère fédérale,

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

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

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

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

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

Pour l'AJURES


Camille Perrier Depeursinge, présidente

Annexe : ment.

Justice restaurative en Suisse

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

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

Table des matières

Introduction de la justice restaurative en droit suisse	5
Proposition de nouvelle disposition dans le CPP	5
Exposé des motifs de la proposition	6
<i>La justice restaurative en général</i>	6
<i>Les processus de justice restaurative, en particulier la médiation pénale</i>	7
<i>Les résultats de la justice restaurative</i>	9
Satisfaction et réparation des victimes et des auteurs d'infractions	9
Baisse de la récidive des auteurs	10
<i>La justice restaurative en Suisse</i>	10
<i>Commentaire de la proposition législative</i>	11
Art. 316a al. 1 : Introduction de la justice restaurative	11
Art. 316a al. 2 : définition de la justice restaurative	11
Art. 316a al. 3 : Le médiateur	12
Art. 316a al. 4 : Confidentialité du processus	12
Art. 316a al. 5 : Conséquence d'un processus de justice restaurative	12
Modifications des autres dispositions du CPP et du CP	13
L'AJURES.....	13
L'association	13
Les projets de l'AJURES	14
<i>Médiation carcérale</i>	14
<i>Médiation post-sentencielle</i>	14
<i>Introduction d'une base légale à la justice restaurative</i>	14

Introduction de la justice restaurative en droit suisse

Proposition de nouvelle disposition dans le CPP

Art. 316a Justice restaurative

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 314, al. 1 let. c

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

Avant art. 316

Section 3 Conciliation et processus de justice restaurative

Art. 319 al. 1bis

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

Art. 422 al. 2 let. a bis

les frais d'un processus de justice restaurative;

Art. 426 al. 4

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

Art. 427 al. 3

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

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

Art. 321 ch. 1

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

Exposé des motifs de la proposition

La justice restaurative en général

La justice restaurative⁵ est un modèle de justice qui considère **l'infraction pénale comme un évènement qui cause des dommages** aux personnes, aux relations et aux biens, et se donne pour objectif de **réparer** ces dommages. La justice restaurative vise ainsi la reconstruction de la victime ou du lésé, la responsabilisation de l'auteur, aussi bien que la prévention de la récidive. Dans un processus de justice restaurative, toutes les personnes touchées par une infraction ont l'occasion de discuter du mal qui a été fait et de ce qui doit être entrepris pour réparer ce mal, pour empêcher qu'il ne se reproduise et pour répondre aux besoins issus de l'infraction⁶. La justice restaurative donne ainsi aux personnes directement touchées par l'infraction un rôle actif. Dans le cas des victimes notamment, cela peut donc leur permettre de sortir de la passivité et du sentiment d'impuissance souvent ressenti lors de l'infraction subie.

Pour la victime d'une infraction, la confrontation aux procédures judiciaires est souvent décevante : elle génère de l'incompréhension et laisse beaucoup de questions ouvertes. Si la peine infligée par la justice peut apaiser la victime, elle lui paraît la plupart du temps insuffisante au regard de sa propre souffrance. De plus, la victime ressent le besoin d'être écoutée, de comprendre et d'être reconnue, ce qui n'est pas toujours suffisamment pris en compte dans un procès pénal, où sa place est restreinte.

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

⁵ Les termes *restauratrice*, *restaurative* et *réparatrice* sont souvent considérés comme des synonymes. Ils sont tous traduction des termes anglais « Restorative Justice ».

⁶ Ces éléments de définition sont tirés de BRAITHWAITE JOHN, *Building Legitimacy Through Restorative Justice*, in : Tom R. Tyler (éd.) *Legitimacy and Criminal Justice : International Perspectives*, New York 2007, pp 146 ss, 148 : « *Restorative justice is a process that takes values such as healing, apology, and forgiveness seriously, as well as practical prevention of recurrence, as it seeks to restore victims, restore offenders, and restore communities. It is a process where all the stakeholders in a crime have the opportunity to discuss what harm has been done and what needs to be done to repair that harm, prevent it from happening again, and meet the needs of the stakeholders. Often, both victims and offenders are supported by loved ones who assist them to identify their hurts, their needs, and the remedies they are able to offer* ».

Comparée à la justice criminelle, ou **justice du glaive**, qui tranche le litige de manière à rééquilibrer les positions des parties, on peut voir la justice restaurative comme la **justice de l'aiguille**, qui tente de recoudre le tissu social déchiré par la commission de l'infraction. La comparaison et la complémentarité entre la justice pénale rétributive et la justice restaurative se résument comme suit⁷ :

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

Les processus de justice restaurative, en particulier la médiation pénale

Le **Conseil économique et social des Nations Unies**, dans sa Résolution 2002/12 du 24 juillet 2002⁸ décrit les programmes de justice restaurative comme tout processus dans lequel la **victime et le délinquant** et, lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction **participent ensemble activement à la résolution** des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un **facilitateur**⁹. Les processus de réparation

⁷ V. également ZEHR HOWARD, *Changing lenses : A new focus for crime and justice*, 3^{ème} éd., Scottsdale 2005 (première édition : 1990) p. 211

⁸ Disponible sous le lien suivant : http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2002/ECOSOC/Resolution_2002-12.pdf.

⁹ Le terme de facilitateur est un terme générique englobant tout tiers indépendant et impartial dont la fonction est d'assurer le bon déroulement d'un processus de justice restaurative, comme l'est le médiateur dans un processus de médiation ou le gardien du cercle (*circle keeper*) dans un cercle de sentence.

peuvent englober la médiation, le forum de discussion [conferencing]¹⁰ et le conseil de détermination de la peine [sentencing circle]¹¹.

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

La justice restaurative offre l'avantage de répondre particulièrement efficacement à deux impératifs de la justice criminelle, à savoir la **reconnaissance du statut et des besoins de la victime** ainsi que la **responsabilisation de l'auteur de l'infraction**. En étant confronté à la victime, l'auteur a en effet la possibilité de prendre acte et de mesurer le tort commis ainsi que d'assumer la responsabilité des conséquences engendrées par l'infraction. Face à l'auteur, la victime a de son côté la possibilité d'exprimer sa souffrance, ses questions, l'incompréhension suscitée par les torts qu'elle a subis, ses besoins pour se reconstruire, etc. Elle peut ainsi reprendre un rôle actif qui l'aidera à se reconstruire, si besoin, et sortir de ce statut de victime. En effet, la procédure pénale usuelle laisse souvent la victime et/ou l'auteur avec le sentiment de ne pas avoir été assez écouté(e) et reconnu(e), de ne pas avoir pu pardonner, ou être pardonné, de ne pas avoir compris les motivations qui ont conduit au délit, ou de ne pas avoir pu exprimer son ressenti à la suite des événements¹².

Un processus de justice restaurative peut avoir lieu **à n'importe quelle étape de la procédure pénale**, avant ou après jugement. Souvent, les programmes de médiation s'inscrivent dans un processus de diversion judiciaire, c'est-à-dire qu'ils interviennent en phase pré-sentencielle, avec parfois le but d'influencer le résultat de la procédure pénale¹³. Les programmes qui s'inscrivent en marge de la procédure pénale sont plus rares, mais sont également envisageables (par exemple en phase d'exécution de peine).

¹⁰ Le forum de discussion (*family group conferencing*) consiste en une rencontre entre les auteurs, les victimes, leurs familles et/ou les personnes de soutien proches des parties, ainsi qu'avec tout représentant de la Communauté qui pourrait apporter une aide à la résolution du conflit (policier, assistant social, spécialiste en addictions, etc.). Le but est de soutenir les auteurs alors qu'ils prennent leurs responsabilités et changent leur comportement ; de donner à leurs familles la possibilité de jouer un rôle actif et de prendre en compte les besoins des victimes.

¹¹ Le conseil de détermination de la peine (*sentencing circle*) ressemble au processus du conferencing, mais implique en outre un juge ou un procureur. L'accent est mis sur le dialogue ; les participant étant placés en cercle. L'objectif est de trouver un accord sur la réparation et l'éventuelle sanction à donner à la suite de l'infraction.

¹² Voir, sur cette question, LANGUIN NOËLLE / ROBERT CHRISTIAN-NILS, Quel rôle pour la victime dans le procès pénal ?, *Plädoyer* 2008 n° 3, p. 56 ss.

¹³ PELIKAN C., TRENCZENK T., Victim offender mediation and restorative justice: The European landscape, in D. Sullivan, L. Tifft, éd., *Handbook of restorative justice: A global perspective*, Abingdon, UK: Routledge, 63-90, 2008.

Les résultats de la justice restaurative

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

Satisfaction et réparation des victimes et des auteurs d'infractions

Les victimes expriment presque toujours les deux mêmes **motivations** quant à leur participation à un processus de justice restaurative : Besoin de compréhension des circonstances de l'infraction et besoin de partager les conséquences du crime pour amener l'auteur à réaliser l'ampleur de ces conséquences¹⁴.

Les victimes sont également toujours **très majoritairement satisfaites** des processus de justice restaurative, qu'elles perçoivent comme « juste »¹⁵. En cas de comparaison avec la justice criminelle, les victimes montrent **toujours un taux de satisfaction plus élevé** après un processus de justice restaurative qu'après un procès pénal¹⁶.

La justice restaurative est particulièrement bénéfique **en cas de crimes graves**. La recherche a prouvé que les victimes ont effectivement l'occasion de comprendre les circonstances du crime et d'obtenir une reconnaissance de leurs souffrances. Elles expriment même un sentiment de libération et ne regrettent pas leur participation¹⁷.

Enfin, une étude a démontré que les victimes ayant participé à un processus de justice restaurative présentent un **score plus faible** à des tests mesurant le **stress post traumatique** que celles n'y ayant pas eu accès. En outre, les victimes que l'infraction a traumatisées retournent significativement plus rapidement travailler si elles ont pris part à un programme de justice restaurative que si elles n'ont vécu qu'un procès criminel¹⁸.

Les **prévenus** souhaitent participer à un processus de justice restaurative pour, d'une part, exprimer leurs regrets et s'excuser auprès de leur victime et l'aider dans son processus de guérison, et d'autre part, pour favoriser leur propre réhabilitation et

¹⁴ UMBREIT/VOS/COATES/BROWN, Facilitated dialogue on death row: family members of murder victims and inmates share their experiences. In : Acker, J./Karp, D. Wounds that do not bind: victim-based perspectives on the death penalty, 2006, Carolina Academic Press, Chapter 18, p. 349-375; GUSTAFSON, Exploring Treatment and Trauma recovery Implications of Facilitating Victim-Offender Encounters in Crimes of Severe Violence: Lessons From the Canadian Experience, in, Elliott, E. And Gordon, R. (Eds.), New Directions in Restorative Justice: Issues, Practice, Evaluation, 2004, p. 193-227 ; UMBREIT/BRADSHAW/COATES, Victims of Severe Violence in Dialogue with the Offender: Key Principles, Practices, Outcomes and Implications, In Weitekamp, G.M./Kerner, H. (Eds.), Restorative Justice in Context: International Practice and Directions, 2003, Wilan Publishing, p. 123-144.; WHITE, Hope in process: a qualitative study of victim-offender mediation/dialogue in Texas, 2001, The University of Texas.

¹⁵ SHERMAN L., STRANG H., Restorative justice: the evidence, The Smith Institute, Londres 2007, p. 62ss.

¹⁶ Au cours d'une médiation en effet, les victimes obtiennent des informations sur l'acte, le sentiment d'avoir été écoutées et reconnues comme victimes et l'impression d'avoir repris le contrôle de leur vie en réglant elles-mêmes le conflit : v. VAN CAMP T., WEMMERS J.-A., Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice.

¹⁷ CHARRETTE-DUCHESNEAU SARA-EVE, L'expérience des victimes et du médiateur impliqués dans un processus de médiation pour des crimes « graves » au Québec, Université de Montréal, 2009, p. 174ss.

¹⁸ ANGEL CAROLINE M., Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms (January 1, 2005).

expliquer les circonstances de l'acte et leur parcours de vie. Le taux de **satisfaction** des auteurs d'infraction qui participent au processus est extrêmement élevé (entre 80 et 97%, suivant les études)¹⁹. De même, le sentiment de justice est ressenti par plus de 80% des auteurs²⁰.

Baisse de la récidive des auteurs

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

Une méta-analyse, combinant les résultats de 25 études effectuées à travers le monde et concernant au total 4741 auteurs d'infraction, a montré que le passage par un processus de justice réparatrice réduisait la récidive de façon systématique, lorsque l'infraction en cause était une infraction violente (non une simple infraction contre la propriété)²¹. Une méta-analyse plus récente, datée de 2013 et basée sur 10 études impliquant 1879 auteurs d'infraction, a mis en évidence une baisse systématique du taux de récidive **variant de 7% à 45%** suivant les diverses études reprises dans l'analyse²².

La justice restaurative en Suisse

Il n'existe aucune base légale au niveau fédéral qui permette, même sur une base purement volontaire, aux justiciables d'avoir accès à la justice restaurative et aux bénéficiaires exposés ci-dessus – du moins lorsque le prévenu est un adulte²³.

La médiation pénale est cependant plébiscitée par le Conseil de l'Europe depuis 1999²⁴. Depuis 2002, les Nations Unies reconnaissent la justice restaurative²⁵, comme mouvement englobant la médiation pénale, et la recommandent depuis 2016 à tous ses Etats membres²⁶. En particulier, la France a introduit en 2014 une disposition introduisant la justice restaurative dans le Code de procédure pénale²⁷, étant précisé que depuis 1993 déjà, le droit français permet l'usage de la médiation en droit pénal des adultes²⁸. L'Allemagne connaît depuis 1994 une disposition qui prévoit un processus de justice restaurative pour les adultes : le Täter-Opfer-Ausgleich²⁹.

¹⁹ UMBREIT MARK S., *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco 2001, p. 164ss.

²⁰ UMBREIT MARK S., *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco 2001, p. 167.

²¹ SHERMAN L.W., STRANG H., *Restorative Justice : The Evidence*, London 2007, p. 68ss.

²² STRANG H., SHERMAN L.W., MAYO-WILSON E., WOODS D., ARIEL B., *Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review*, Campbell Systematic Reviews 2013:12.

²³ Notons toutefois que la médiation pénale est possible en procédure pénale des mineurs (art. 17 PPMIn).

²⁴ V. Recommandation R (99) 19 du Conseil de l'Europe du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière pénale.

²⁵ ECOSOC, Resolution 2002/12 "Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters ».

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

²⁷ Art. L 10-1 du Code de procédure pénale.

²⁸ Art. L 41-1 du Code de procédure pénale français.

²⁹ Art. 46a du Code pénal allemand, complété en 1999 par des dispositions du Code de procédure pénale allemand : art. 153a, 155a et 155b.

La Suisse a introduit en 2007, et uniquement en droit pénal des mineurs, la médiation pénale (art. 8 aDPMin). Entre décembre 2005 et l'automne 2007, l'introduction de la médiation pénale pour les adultes fut âprement débattue devant les chambres fédérales. Elle a été finalement rejetée à une courte majorité, les parlementaires ayant invoqué les motifs suivants³⁰ :

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

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

En outre, la Suisse dispose désormais d'un certain recul depuis l'introduction de la médiation pénale en faveur des mineurs. Les cantons qui ont fait un usage substantiel de ce processus de justice restaurative ont tous relevé les impacts positifs de la médiation, la satisfaction des parties, l'importance pour l'auteur d'être mis face aux conséquences du délit et le rôle éducatif du processus³¹.

Commentaire de la proposition législative

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

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

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

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

En particulier, il serait possible d'envisager d'autres processus de justice restaurative, telles que les conférences de groupe familial (qui impliquent les proches des parties),

³⁰ V. FALLER CATHERINE, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse: de son introduction à sa suppression, RPS 2009/1, p. 18ss.

³¹ Évaluation de l'efficacité du nouveau droit pénal des mineurs, Haute école spécialisée bernoise, Rapport du 8 mai 2012, p. 2 ; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/URS THALMANN/VEIO ZANOLINI, Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich, 2006.

la médiation carcérale (qui intervient en exécution de peine) ou le dialogue restauratif³².

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

Art. 316a al. 3 : Le médiateur

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

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

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

Art. 316a al. 4 : Confidentialité du processus

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

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

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

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

³² Dans un dialogue restauratif, des victimes et des auteurs sans relation les uns avec les autres se rencontrent pour discuter des effets du crime sur les individus et la communauté, le mal qui en résulte, ce que cela signifie d'accepter sa responsabilité et comment réparer. Il ne s'agit donc pas pour un auteur de rencontrer « sa » victime, mais plutôt une ou des victimes d'une infraction similaire. V. également les notes 10 et 11.

pénale s'est éteint, mais qu'il subsiste un intérêt public. La sanction éventuelle serait adaptée en conséquence.

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

Modifications des autres dispositions du CPP et du CP

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

En outre, il est prévu d'insérer les frais de la médiation dans les frais de procédure, lesquels sont en règle générale supportés par le prévenu condamné, pour autant que sa situation financière le permette. En cas de non-paiement par le prévenu, la charge financière qui en résulterait ne doit pas être exagérée ; les médiateurs travaillent sur la base d'un tarif horaire de l'ordre de 150 francs environ (140 francs à Neuchâtel) et, en moyenne, une médiation se tient sur une fourchette de deux à trois séances d'une heure à une heure et demie.

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

L'AJURES

L'association

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

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

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

- M. François Kohler, à Lausanne, juriste et cinéaste ;
- Mme Camille Perrier Depeursinge, docteure en droit, avocate à Lausanne et chargée de cours en Modes amiables de résolution des conflits en matière pénale (MARC) à l'Université de Lausanne, auteure d'une thèse sur la médiation en droit pénal suisse et ;
- M. Michel Schadt, pasteur et aumônier de prison dans le Canton de Vaud.

Les projets de l'AJURES

Médiation carcérale

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

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

Médiation post-sentencielle

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

Introduction d'une base légale à la justice restaurative

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

Ueli Arbenz

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

Winterthur, den 13. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383) - Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

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

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

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

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

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

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

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

Zu Art. 126

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

Art. 126 Abs. 2

a^{bis} darüber nicht im Strafbefehlsverfahren aufgrund der Anerkennung der Zivilklage oder ohne weitere Beweiserhebung sofort entschieden werden kann

Zu Art. 130

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

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

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

Einfügung eines weiteren Absatzes von Art. 157:

Art. 157 Abs. 3

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

Zu Art. 147

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

Neuformulierung von Art. 157 Einvernahme der beschuldigten Person / Grundsatz

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

Zu Art. 241

Durchsuchungen und Untersuchungen / Allgemeine Bestimmungen/ Anordnung

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

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

Einfügen eines Abs. 1^{bis}

1^{bis} Erklärt die zu durchsuchende oder zu untersuchende oder die berechtigte Person ihr ausdrückliches Einverständnis mit der Durchführung der Massnahme, ist der Erlass eines formellen Befehls nicht erforderlich.

Zu Art 154 (neu)

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

Art. 154 Abs. 4

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

Zu Art. 318 Abs. 1^{bis}

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

Formulierungsvorschlag:

Art. 318 Abs. 1^{ter}

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

Zu Art. 352 Abs. 1^{bis}

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

Zu Art. 352a

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

Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen:

Art. 352a

¹ Die Staatsanwaltschaft vernimmt die beschuldigte Person oder eröffnet ihr den Strafbefehl persönlich, wenn der beabsichtige Strafbefehl zur Folge hat:

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

² Dasselbe gilt, wenn die beschuldigte Person die Verfahrenssprache nicht versteht oder sich darin nicht genügend ausdrücken kann.

Vorzügliche Hochachtung

Ueli Arbenz

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

Madame, Monsieur,

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

Se fondant sur l'expérience très positive des cantons de Fribourg et du Valais concernant la médiation en droit pénal des mineurs (art. 17 PPMin), l'Association valaisanne de médiation (AVdM) souhaite qu'une procédure de médiation pénale soit également introduite dans le CPP. Le canton de Fribourg a été pionnier en la matière, puisque la médiation pénale des mineurs y existe depuis 2004 déjà. Depuis lors, plus de 1'100 procédures du Tribunal des mineurs ont été traitées par les médiateurs avec un taux de réussite de 75%. Le recours à la médiation a également permis à ce canton de réaliser une économie réelle des ressources en personnel judiciaire du Tribunal des mineurs dont les effectifs n'ont pas augmenté entre 2004 et 2014, ce contrairement aux autres cantons romands. Le canton du Valais connaît également, certes depuis moins de temps et à plus petite échelle, une expérience favorable avec la médiation dans le domaine de la justice juvénile. Selon les chiffres fournis par le Tribunal des mineurs du canton du Valais pour les quatre dernières années (2014 à 2017), 158 médiations ont été ordonnées, dont 60% ont abouti avec succès et permis le classement de la procédure. Ce pourcentage est provisoire et devra certainement être revu à la hausse, dans la mesure où une dizaine de médiation débutées en 2017 sont encore en cours à l'heure où nous écrivons ces lignes. Les juges valaisans relèvent par ailleurs n'avoir relevé aucun retard dans les délais fixés pour les médiations.

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

1. L'évolution de la justice pénale répressive vers une justice négociée plus adaptée aux besoins des victimes, validée dans de nombreux autres Etats (Belgique, Autriche, Allemagne, France) ;
2. Une réponse plus soutenue aux besoins de réinsertion et de réhabilitation des auteurs par une responsabilisation personnelle des actes commis ;
3. La pratique de cette justice réparatrice (*Restorative Justice*) bien ancrée en Suisse dans le droit pénal des mineurs depuis 2007
4. Plusieurs études internationales montrent que grâce à la médiation, les taux de récidive sont en baisse dans les pays où elle est mise en œuvre.

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

Pour le comité de l'AVDM
Laure Clivaz Strehmel
www.avdm.ch

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

Vernehmlassung der Bundesanwaltschaft (BA)

I. Grundsätzliche Vorbemerkungen

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

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

Die nachfolgenden Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen sind auch als Ausdruck dieser Sorge zu verstehen. Es erscheint der BA wichtig, dass der Auftrag der Staatsanwaltschaft zur Gewährleistung der sozialen Ordnung durch den Gesetzgeber bestmöglichst unterstützt wird. Genauso wichtig erscheint es, dass die Verteidigungs- und Parteirechte dahingehend ausgestaltet sind, dass die Parteien als Subjekte im Strafverfahren

agieren können und man insgesamt ein faires Verfahren sicherstellt. Die BA ist überzeugt, dass beiden Ansprüchen Genüge getan werden kann.

II. Die einzelnen Bestimmungen

1. Art. 23 StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3. Art. 23 Abs. 2^{bis} StPO

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

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

2. Art. 318^{bis} StPO

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

Die BA verweist dazu auf den separaten Vorschlag im Anhang.

3. Art. 65 Abs. 2 StBOG

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

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

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

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

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

4. Teilnahmerechte

4.1 Art. 147 Abs. 3 und 3^{bis} StPO, Art. 147a StPO

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

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

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

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

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

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

Die nun vorgeschlagene Lösung bietet aus Sicht der BA Verbesserungen, was sie begrüsst, doch bringt sie auch bekannte und neue Fragestellungen mit sich. Das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen soll laut vorliegender Neuerung im Grundsatz unverändert beibehalten werden, neu soll aber eine Einschränkung des Teilnahmerechts dann möglich sein, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird. Grundsätzlich ist das jedoch immer zu befürchten, da man im Vorfeld einer Einvernahme deren Inhalte ja noch nicht kennt. Dies gilt im besonderen Masse in der Anfangsphase einer Strafuntersuchung. Wenn dies aber immer zu befürchten ist, dann bedeutet dies nichts anderes als einen grundsätzlichen Ausschluss der Teilnahme. Zudem stellt sich die Frage, welcher Nachweis für diese Befürchtung zu erbringen ist bzw. ob dieser Nachweis überhaupt erbracht werden kann. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um den Versuch, eine scheinbare Zwischenlösung zu schaffen, die den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte. Die Begründung im Begleitbericht für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, nämlich dass dieses Ausdruck des angestrebten „Gleichgewichts“ der Parteien sei, vermag nicht zu überzeugen. Die Staatsanwaltschaft ist im Vorverfahren gerade nicht Partei, sondern hat einen übergeordneten Auftrag zu erfüllen. Die Verteidigungsrechte und das faire Verfahren werden dabei bereits umfassend durch die Mitwirkungsrechte an den Beweiserhebungen, die ausgedehnten Beschwerderechte und durch den Anwalt der ersten Stunde gewährleistet.

Seit das Bundesgericht das Teilnahmerecht auch auf Mitbeschuldigte ausgedehnt hat (aus dem Gesetzeswortlaut wäre auf ein solches an sich noch nicht zwingend zu erkennen gewesen, was auch aus damaligen Entscheiden von kantonalen Beschwerdeinstanzen hervorging), gab es in der Folge zahlreiche Entscheidungen, die diesen Grundsatz wieder zu relativieren suchten (bei Trennung des Verfahrens, unmittelbar nach der Tat bei Vorliegen

von Kollusion u.a.m.). Diese Rechtsprechung hat zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit und zu zahlreichen Beschwerdeverfahren geführt, welche die Strafbehörden auf allen Ebenen beanspruchen und belasten sowie die Verfahren verlängern und verteuern. Eine klare und einfache gesetzliche Regelung wäre dringend nötig. Mit der gesetzlichen Normierung des EMRK-Standards wäre allen gedient. Der EMRK-Standard ist klar, gewährleistet ein faires Verfahren und unterstützt den Auftrag der Staatsanwaltschaft. Gemäss EGMR braucht es zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens keine Teilnahmerechte!

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

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

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

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

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

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

5. Strafbefehlsverfahren

Die BA legt grossen Wert auf die rechtsstaatlich korrekte Anwendung des Strafbefehlsverfahrens. Das Strafbefehlsverfahren steht seit Anfang an in der Kritik. Auch aus Sicht der BA jedoch mehrheitlich zu Unrecht. Wenn auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass es in Einzelfällen zu Fehlern kommt und das interne Controlling versagt, sind der Grundgedanke und die aktuelle Ausgestaltung überzeugend und rechtsstaatlich korrekt. Die BA verweist an dieser Stelle auf BGer 6B_1139/2014 Erwägung 1.2:

„Der Strafbefehl beruht auf einer bloss summarischen Beurteilung von Täter und Tat durch die Staatsanwaltschaft. Er kann schon vor Eröffnung ergehen (Art. 309 Abs. 4

StPO) und setzt lediglich das Eingeständnis des Beschuldigten oder eine anderweitig ausreichende Klärung des Sachverhalts voraus (Art. 352 Abs. 1 StPO). Die Durchführung eines Beweisverfahrens ist somit nicht unbedingt erforderlich, und insbesondere wird keine staatsanwaltschaftliche Einvernahme des Beschuldigten verlangt. Auch ein formeller Abschluss der Untersuchung vor Erlass des Strafbefehls ist nicht vorgesehen (Art. 318 Abs. 1 StPO). Die Rechtsstaatlichkeit des Strafbefehlsverfahrens ist dennoch gegeben, weil auf Einsprache hin ein Gericht mit voller Kognition unter Beachtung der für das Strafverfahren geltenden Mindestrechte über den erhobenen Vorwurf entscheidet (...)“

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

5.1 Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a^{bis} i.V.m. Art. 353 Abs. 2 StPO sowie Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis} und 1^{bis} StPO / Zivilklage im Strafbefehlsverfahren

Neu soll im Strafbefehlsverfahren auch über strittige Zivilforderungen entschieden werden, wenn der strittige Betrag CHF 30'000 nicht übersteigt und deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist. Diese letztere Einschränkung ist grundsätzlich zu begrüssen, doch wird sie trotzdem dazu führen, dass es zu mehr Beschwerdeverfahren und Einsprachen kommen wird, die sich einzig um die Zivilforderungen drehen. Dadurch gerät die Sicherstellung des staatlichen Strafanspruchs zu Gunsten der Unterstützung von finanziellen Partikularinteressen in den Hintergrund und die verhältnismässig rasche Erledigung der Strafsache als eines der primären Ziele des Strafbefehlsverfahrens wird dadurch erschwert oder gar verunmöglicht.

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

5.2 Art. 352a StPO / Obligatorische Einvernahme im Strafbefehlsverfahren

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

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

5.3 Art. 354 Abs. 1 - 1ter StPO

Im Gegensatz zu den Ausführungen im erläuternden Bericht ist zu bemerken, dass die Einsprachefrist nur vereinzelt zu Kritik geführt hat und es problematisch erscheint, wenn aufgrund einzelner kritischer Stimmen eine bewährte und rechtsstaatlich korrekte Regelung geändert wird. Dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht zwingend auf die Akzeptanz der

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

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

6. Ausbau der Opferrechte

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

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

Die BA beantragt daher, diese Neuerung von Abs. 1^{bis} mit der erneuten Gelegenheit für das Opfer, sich als Privatkläger zu konstituieren, zu streichen.

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

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

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

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

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

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

Die BA beantragt daher, auf die Neuerung zu verzichten.

7. Verteidigung

7.1 Art. 131 Abs. 2 und 3 StPO

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

7.2 Art. 133 StPO / Auswahl der amtlichen Verteidigung

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

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

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

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

8. Strafuntersuchungen mit einer Vielzahl an Privatklägern

Art. 118a StPO

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

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

9. Weitere Bestimmungen / Bemerkungen

9.1 Art. 55a StPO / Zuständigkeit Zwangsmassnahmengericht bei Rechtshilfe

Art. 55a Bst. a StPO

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

Art. 55a Bst. b StPO

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

9.2 Art. 78a StPO / Einvernahmeprotokolle, Aufzeichnungen

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

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

9.3 Art. 88 Abs. 4 StPO / Rechtskraft von Strafbefehlen auch ohne Zustellung

Auch wenn ein Strafbefehl im Amtsblatt ausgeschrieben wird, wird er von den Beurteilten nicht gelesen. Es handelt sich daher um eine nicht zielführende Alibiübung. Die Veröffentlichungen verursachen daher ausschliesslich Kosten, z.B. Veröffentlichung im Bundesblatt ca. CHF 500/Veröffentlichung, und Aufwand, ohne dass ein Nutzen für irgendjemanden geschaffen wird.

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

9.4 Art. 136 Abs. 1^{bis} StPO / Unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft, Voraussetzungen

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Möglichkeit der Siegelung blockiert bereits heute, trotz der 30-tägigen Ordnungsfrist, die Verfahren oft monatelang. Die Zwangsmassnahmerichter sind aufgrund fehlender Ressourcen oftmals nicht in der Lage, diese Frist einzuhalten. Die Problematik akzentuiert sich, wenn grosse Mengen an elektronischen Daten sicherzustellen sind. Die Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung von Beweisen zu verhindern.

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

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

Mit dem Änderungsvorschlag in Buchstabe c wird neu eine Ersatzforderungsbeschlagnahme nur noch zur Deckung von Ersatzforderungen gegenüber beschuldigten Personen, nicht aber gegenüber Drittpersonen möglich sein, was eine Verschlechterung gegenüber der heutigen Situation darstellt. Da im erläuternden Bericht auf diesen Umstand nicht Bezug genommen wird, ist wohl von einem redaktionellen Versehen auszugehen. Die Ersatzforderungsbeschlagnahme betreffend Dritte ist ein wichtiges Instrument für die Durchsetzung des Grundsatzes „Straftaten dürfen sich nicht lohnen“. Dadurch wird verunmöglicht, dass eine beschuldigte Person Vermögenswerte bei einem Strohmann und Familienangehörigen in Sicherheit bringt und sie dadurch dem Zugriff der Strafbehörden entzieht.

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

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

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

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

Die BA beantragt daher, Art. 269 Abs. 2 StPO mit der Aufnahme von Art. 322^{octies} und 322^{novies} StGB zu ergänzen.

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

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

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

Die BA beantragt, die bestehende Regelung mit der Rückzugsfiktion beizubehalten. Die im erläuternden Bericht für die vorgeschlagene Neuerung angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts relativiert nicht die Rückzugsfiktion als solche, sondern erinnert daran, dass ein konkludenter Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl nur angenommen werden darf, wenn sich aus dem gesamten Verhalten des Betroffenen der Schluss aufdrängt, er verzichte mit seinem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihm zustehenden Rechtsschutz. Deshalb besteht kein Anlass, die Rückzugsfiktion gemäss Abs. 2 aufzuheben.

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

9.12 Art. 366 Abs. 1 – 3 StPO

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

9.13 Art. 381 Abs. 4 StPO

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

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

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

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

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

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

10. Rechtshilfegesetz (IRSG /EIMP)

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

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

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

L'**alinéa 1** reprend le texte actuel. La nouvelle rédaction de l'article devrait être l'occasion de clarifier que les dispositions sur le droit de refuser de témoigner applicables sont celles de la procédure pénale applicable, CPP ou DPA, et non plus de la PCF¹. Compte tenu de l'unification de la procédure pénale intervenue depuis l'entrée en force de l'EIMP, il apparaît contreproductif de soumettre les autorités administratives fédérales à des règles différentes des autorités cantonales.

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

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

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

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

Or, de jurisprudence constante, la participation des fonctionnaires étrangers au tri des documents avant la clôture (art. 65a EIMP) a justement pour but d'identifier les moyens de preuves utiles, qui feront l'objet de la procédure d'entraide, et écarter ceux sans pertinence pour la procédure étrangère². La formulation actuelle pourrait donc être lue comme vidant de

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

² ATF [130 II 14](#) c. 4.4.

toute portée l'art. 65a EIMP puisqu'elle confie dorénavant ce tri au TMC, avec la surcharge de travail et les retards qui en découleront. Certes, le MPC pourrait refuser d'apposer les scellés, mais cette possibilité n'est prévue que dans des cas tout à fait exceptionnels³.

Par ailleurs, la formulation actuelle fait croire que les hypothèses formulées aux al. 1 et 2 présentent, pour la personne concernée, une atteinte de même intensité à son domaine secret. Or, tel n'est pas le cas : dans la première hypothèse, l'autorité étrangère ne peut accéder que brièvement, sous la forme d'un tri grossier (« grobtriage »), aux actes récoltés. Elle a signé en outre des engagements de confidentialité, lui faisant interdiction d'utiliser les informations en question avant la décision de clôture⁴. L'accès aux actes intervient finalement sous le contrôle de l'autorité suisse, qui empêchera que des notes ou des copies soient emportées. Dans la seconde hypothèse, l'autorité de poursuite est libre de perquisitionner et d'exploiter à sa guise des documents qui, autrement, auraient dû être soumis au TMC.

Qui plus est, la rédaction proposée permet de faire obstacle à toute entraide dynamique⁵, puisqu'il suffirait de requérir les scellés pour bloquer la procédure.

Un autre problème est que la révision parallèle du CPP propose une extension du champ des personnes susceptibles de demander les scellés, celui-ci passant du seul détenteur à l'ensemble des ayants-droits potentiellement touchés⁶. Or, en matière d'entraide judiciaire, seule la personne directement et personnellement visée par la mesure de contrainte a qualité de partie à la procédure – et est donc susceptible de requérir l'apposition de scellés⁷. La modification proposée, qui se limite à renvoyer à l'art. 248 a-p CPP, peut donc être lue comme autorisant toute personne intéressée à participer à la procédure des scellés, et donc à la procédure d'entraide.

La modification proposée n'intègre pas non la jurisprudence actuelle, selon lesquelles le but de l'art. 9 EIMP est de protéger les **secrets absolus ou qualifiés** (321 CP, 171 CPP), mais non les simples secrets d'affaire ou le secret bancaire - ces derniers devant être pris en compte ultérieurement, dans l'examen de la proportionnalité⁸.

Le MPC constate que l'apposition de scellés en procédure d'entraide revient à faire traiter les mêmes griefs devant le TMC puis devant l'autorité d'exécution⁹, et est très souvent utilisée à des fins dilatoires. Elle devrait dès lors être réservée aux situations dans lesquelles la personne directement touchée par la mesure de contrainte rend vraisemblable que les moyens de preuve saisis contiennent des secrets absolus qui s'opposeraient à la perquisition, conformément aux règles figurant à l'art. 264 CPP. A défaut, les scellés pourront être refusés.

Proposition :

Art. 9 Protection du domaine secret et mise sous scellés

³ TF, [1B_464/2012](#) du 7 mars 2013, c. 3. « *Ausnahmen können nur in liquiden Fällen in Frage kommen, etwa wenn das Siegelungsbegehren offensichtlich unbegründet bzw. rechtsmissbräuchlich erhoben erscheint und ein förmliches Entsigelungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht geradezu einem Prozessleerlauf gleichkäme* ».

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

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

⁶ Art. 248 al. 1 a-p CPP.

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

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

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

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

² La mise sous scellés ne peut être demandée que dans les cas suivants:

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

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

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

10.2 Art. 30, al. 2 et 5 EIMP

Le remplacement du terme « autorité cantonale » par « autorité requérante suisse » (**alinéa 2**) est à saluer. Conséquemment, la même modification devrait être apportée à l'art. 25 al. 3 EIMP, qui traite du droit de recours de l'autorité requérante cantonale¹⁰. Compte tenu de l'importance prise par les autorités fédérales on peut d'ailleurs se demander si un toilettage plus généralisé ne devrait pas s'imposer¹¹.

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

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

Proposition :

⁵ L'OFJ informe immédiatement l'autorité requérante suisse si l'Etat requis exige que la mesure d'entraide demandée soit autorisée par un tribunal.

Die BA bedankt sich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Bundesanwaltschaft BA

sig. M. Lauber

Michael Lauber
Bundesanwalt

Anhang: Aufschiebung der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1) Aufklärung von Straftaten in der Verantwortlichkeit von Unternehmen

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

¹ Stellungnahme des SAV zur Änderung der Strafprozessordnung vom 13. März 2018, S. 17, https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312_stellungnahme-sav_fsa_stpo-revision-cpp_201803_web.pdf.

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

2) *Ausgleich für begangenes Unrecht*

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

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

3) *Besondere Ziele des Unternehmensstrafrechts*

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

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

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

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

³ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, S. 1087.

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

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

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

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

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

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

5. Abschnitt: Aufschieb der Anklageerhebung bei Verfahren gegen Unternehmen

Art. 318^{bis}

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

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

² Die Vereinbarung über den Aufschieb der Anklageerhebung enthält insbesondere folgende Angaben:

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

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

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

⁵ Die Nichtbewährung gilt als Prozessvoraussetzung. Ihre Feststellung ist nicht anfechtbar.

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

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal



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

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

*PDF und Word-Version per E-Mail an:
annemarie.gasser@bj.admin.ch*

Lausanne, 13. März 2018 / wai

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

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

Grundsatz der "doppelten Instanz"

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

Art. 60 Abs. 1 VE-StPO

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

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

Art. 133 VE-StPO

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

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

Art. 135 Abs. 1 und 3 VE-StPO

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

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

Art. 147 und Art. 147a VE-StPO

Die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Neuerungen sind zu begrüßen.

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

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

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

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

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

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

Art. 352 Abs. 3 VE-StPO

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

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

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

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

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

SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT
Die Präsidentenkonferenz

Der Vorsitzende



Nicolas von Werdt

Der Generalsekretär



Paul Tschümperlin

Orientierungskopie

– Bundesstrafgericht



Präsident und Generalsekretärin

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

Registratur-Nummer: 1.1.1.8

Per E-Mail

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bellinzona, 9. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

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

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

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

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

Art. 78a (Protokollierung)

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

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

Art. 100 Abs. 2 (Aktenführung)

Neu

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

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

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

Neu

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

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

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

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

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

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

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

Das BStGer begrüsst die vorgeschlagene Änderung sehr.

Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)

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

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

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

Der Vernehmlassungsentwurf löst die Diskrepanz zwischen deutsch-italienischem Text einerseits und französischem Text andererseits zugunsten des französischen Textes auf. Es geht um die Frage, ob die Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führen, dass die Einvernahme **ungültig** wird oder **nicht verwertbar** ist. Das Bundesgericht hat diese Frage offen gelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.4). Der Vernehmlassungsentwurf entscheidet sich für absolute Unverwertbarkeit des mangelbehafteten Beweismittels. Dieser weitere Schritt weg von einer Suche nach der materiellen Wahrheit zu einer bloss formellen Wahrheit wird abgelehnt. 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, und es soll keine automatische Ungültigkeit eintreten. Entgegen dem Vernehmlassungsentwurf soll deshalb die Rechtsfolge «nur» die Ungültigkeit sein. Der Umstand, dass eine Mehrheit der Lehrmeinungen eine andere Auffassung vertritt, erscheint wenig relevant. Nicht nachvollziehbar ist die Logik des Begleitberichts (S. 22), wonach gerade in diesem Fall in Abweichung vom Regelfall (Art. 141 Abs. 2) keine Güterabwägung stattfinden soll.

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

Art. 133 (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

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

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

Art. 204 (Freies Geleit)

Neu

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

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

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

Der Vorschlag geht viel weiter als die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung: Diese verlangt eine rasche Reaktion für den vorsorglichen Entscheid über 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 aber das grundsätzlich schriftliche Verfahren vor Beschwerdeinstanz nicht geeignet. Es muss zwingend mündlich verhandelt werden, obschon bereits vor ZMG eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Der Aufwand und die praktischen Schwierigkeiten gerade in Fällen der Bundesstrafgerichtsbarkeit nehmen massiv zu. Die heutige bundesgerichtliche Lösung ist mit Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 EMRK konform und genügt (BGE 137 IV 230 E. 2.1). Es soll nicht über die Anforderungen der EMRK hinaus geliefert werden.

Das BStGer lehnt die vorgeschlagene Regelung ab.

Art. 231 Abs. 1^{bis} (Verlängerung der Sicherheitshaft)

Neu

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

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

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

Neu

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

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

Art. 301 Abs. 1^{bis} (Aushändigung Anzeigeprotokoll an Anzeiger)

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

Das BStGer beantragt, Art. 301 Abs. 1^{bis} wie folgt umzuformulieren: «... auf deren Wunsch eine Bestätigung der Anzeige aus.»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 331 Abs. 2 (Ansetzen der Hauptverhandlung)

Neu

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

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

Art. 352 Abs. 1^{bis} (Strafbefehlsverfahren)

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

Das BStGer lehnt die vorgeschlagene Regelung ab.

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

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

Aus Sicht der Bundesstrafrechtspflege begrüsst das BStGer die vorgeschlagene Regelung.

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

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

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

Das BStGer lehnt eine Regelung mit unterschiedlichen Einsprachefristen ab.

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

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

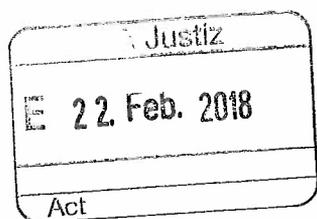
Das BStGer begrüsst die vorgeschlagene Regelung von Art. 366 Abs. 1 VE-StPO sehr.

Mit freundlichen Grüssen


Tito Ponti
Präsident




Mascia Gregori Al-Barafi
Generalsekretärin



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

Lausanne, le 20 février 2018

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

Madame la Conseillère fédérale,

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 316 a CPP (nouveau)

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

Art. 14 al. 1 LAVI (modifié)

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

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

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

Pour le comité :



Luc Recordon

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

Rue de Genève 52
ch-1004 Lausanne
tél. 021 661 2434
fax 021 661 2436
www.non-violence.ch
info@non-violence.ch
facebook.com/centre.cenac

EJPD

Bundesamt für Justiz

Bundesrain 20

3003 Bern

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

Bern, 21. März 2018

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

Vernehmlassungsfrist 14. März 2018 / Verlängerung bis 21. März 2017 bewilligt

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

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

1. Vorbemerkung

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

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

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

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

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

2. Stellungnahme zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs

Art. 76 StPO

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

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

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

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

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

Art. 78a StPO

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

Art. 126 Abs. 2 StPO

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

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

Art. 133 StPO

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

Art. 135 StPO

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

Art. 143 StPO

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

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

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

Art. 147 StPO

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

Art. 147a StPO

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

² Vgl. dazu BSK StPO – RUCKSTUHL, Art. 135 N 12.

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

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

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

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

Aufarbeitung des strafrechtlich relevanten Tatsachenfundaments und damit für die beschuldigte Person als Subjekt und nicht mehr als Objekt in einem rechtstaatlichen Verfahren aus (vgl. BGE 139 IV 25; Urteile des Bundesgerichts 1B_404/2012 vom 4. Dezember 2012 sowie 6B_450/2014 und 459/2014 vom 18. Mai 2015).

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

«Art 147a StPO Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person

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

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

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

Art. 170 StPO

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

Art. 221 StPO

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

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

Art. 222 und 228a StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Weiter ist Folge davon, dass das ganze EMRK-Haftprüfungsverfahren um mindestens 3 Tage verlängert wird (72 Std. bzw. 4 Tage bis zum Entscheid des ZMG, 1 Tag für Ausfertigung des Entscheides und die Übermittlung der Akten etc. an die Beschwerdeinstanz, 48 Std. für die Beschwerdeinstanz für einen neuen Entscheid), d.h. total 7 Tage, bis ein EMRK-konformer Entscheid vorliegt. Eine solche 7-Tage-Frist läuft auch an den Wochenenden, sodass – wenn der ZMG-Entscheid von einem Donnerstag datiert – die Beschwerdeinstanz samstags und sonntags durcharbeiten muss, um die Frist gegebenenfalls einzuhalten. Auch das ist illusorisch.

Selbst wenn die 7-Tages-Frist eingehalten werden könnte, ist selbst das BJ nicht sicher, ob diese Frist noch EMRK-konform ist, da nach der EMRK-Rechtsprechung diese Frist maximal 4 Tage betragen darf (vgl. Begleitbericht, S. 31 zu Fn. 56). Wenn also eine EMRK-konforme Frist nicht eingehalten werden kann, dann sollte man lieber auf das Experiment verzichten, wenn es ohnehin rechtlich nicht geboten ist.

- Zu guter Letzt wird durch Art. 228a StPO ein Spezialrecht zur Behandlung von Haftbeschwerden geschaffen: die Haftbeschwerde wird in einem mündlichen Verfahren entschieden (statt im vom Gesetz vorgesehenen schriftlichen Verfahren), allerdings gilt das nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft Beschwerde führt. Führt hingegen die inhaftierte Person gegen den Freiheitsentzug Beschwerde, gilt das normale schriftliche Verfahren, das bekanntlich – je nach Kanton – inkl. Schriftenwechsel sicher zwischen 4 und 8 Wochen dauert. Wie diese Rechtsungleichheit zu rechtfertigen ist, darüber schweigt sich der Begleitbericht aus. So gut wie ein haftbeendender Entscheid falsch sein kann (und wogegen die Staatsanwaltschaft will Beschwerde führen können), so gut kann ein haftbegründender Entscheid falsch sein. Warum aber für die Anfechtung desselben Entscheides ein anderes Verfahren gelten soll, je nach dem, wer Beschwerde führt, und das insbesondere massiv unterschiedliche Fristen kennt, wird nicht begründet und ist auch nicht zu begründen, insbesondere dann nicht, wenn das nachteilige, längere Verfahren gerade dann zur Anwendung kommt, wenn die eigentlich beschwerdebefugte, schwächere und schutzbedürftigere Partei Beschwerde führt. Das gewählte «mündliche» Haftbeschwerdeverfahren zu Gunsten der Staatsanwaltschaft erweist sich somit als EMRK- und verfassungswidrig, da rechtsungleich.

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

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

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

Art. 231 Abs. 2 StPO

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

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

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

Art. 248 StPO

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

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

Art. 251a StPO

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

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

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

Art. 255 StPO

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

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

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

Art. 256 StPO

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

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

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

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

Art. 269 StPO

Wie bei allen Zwangsmassnahmen ist – bereits im Rahmen der Gesetzgebung – das Verhältnismässigkeitsgebot zu berücksichtigen. Die fahrlässige Tatbegehung gemäss Art. 226^{bis} StGB rechtfertigt u.E. keine entsprechende Überwachung und ist deshalb von Katalog auszunehmen.

Art. 273 StPO

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

Art. 318 StPO

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

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

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

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

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

Art. 342 StPO

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

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

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

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

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

Art. 343 Abs. 3 StPO

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

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

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

Art. 352 und 352a StPO

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

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

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

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

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

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

Art. 353 und 395 StPO

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

Art. 354 StPO

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

Art. 364 ff. StPO

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

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

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

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

Art. 366 StPO

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

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

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

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

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

Art. 388 StPO

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

Art. 391 StPO

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

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

Art. 401 StPO

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

Art. 442 StPO

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

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

Prüfung der Strafmediation

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

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

Art. 3 Abs. 2 JStG

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

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

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

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

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

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

An dieser Stelle ist zu bemerken, dass das Bundesgericht in diversen Entscheiden die Anwendung des Erwachsenenstrafprozessrechts bei Übergangstätern als Ausnahme zur Diskussion stellte (vgl. beispielsweise BGer, Urteil v. 26.3.2015, 1B_62/2015). Mit der vorgeschlagenen Änderung würde aber die Anwendung des Erwachsenenstrafprozessrechts zur Regel erhoben.

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

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

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

Art. 38 JStG

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

Art. 9 IRSG

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

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

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

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

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Ausführungen verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Aebli', written in a cursive style.

Melanie Aebli

Geschäftsleiterin DJS



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

AJP 2014 S. 1408

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

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

**Bundestrafgericht, Strafkammer/Einzelrichter, Urteil
vom 24. August 2012, SK.2011.12; Bundesgericht,
Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Januar 2014
i.S. X. und Y. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft
bzw. zivilrechtliche Adhäsionskläger, 6B_604/2012 und
6B_613/2012.**



Markus Mohler*
Dr. iur., Basel

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

I. Zusammenfassung des Sachverhalts

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

II. Strafrechtliche Beurteilung durch das Bundesstraf- und das Bundesgericht

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

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

III. Zivilrechtliche Beurteilung

1. Beurteilung durch das Bundesstrafgericht

1.1 Zur rechtlichen Stellung des Schweizerischen Polizeiinstituts (SPI)

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

AJP 2014 S. 1408, 1409

1.2 Zur rechtlichen Stellung des Kursdirektors (A)

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

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

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

1.4. Zur grundsätzlichen zivilrechtlichen Haftungsfrage

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

1.5. Zivilrechtliche Urteilserkenntnis

Darauf gestützt urteilte der Einzelrichter wie folgt:

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



4.3 an E. Fr. 23'000.–; eine Mehrforderung bleibt vorbehalten.

4.4 an F. Fr. 23'000.–; eine Mehrforderung bleibt vorbehalten.

5. Die Genugtuungsforderung von G. wird abgewiesen.

6. A. und B. haben, bei solidarischer Haftbarkeit, an J. eine Genugtuung von Fr. 2'000.– zu leisten» (Urteil BStrGer., Erkenntnisse, Ziff. III, S. 66).

2. Beurteilung durch das Bundesgericht

2.1 Grundsätzlicher zivilrechtlicher Entscheid

a) Zunächst vereinigt das Bundesgericht die beiden Beschwerden von X. und Y. (das sind A. und B. im Verfahren vor BStrGer) gestützt auf Art. 71 BGG und beurteilt sie in einem einzigen Entscheid (E. 1.1.).

b) Das Bundesgericht beschränkt sich sodann auf die Interpretation von Art. 126 StPO; nach Abs. 1 habe «das Strafgericht zusammen mit dem Strafurteil materiell über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht», zu entscheiden (E. 6.2.2.). Es verweist im weiteren auf die gesetzlichen Ausnahmen dieser Entscheidungspflicht nach Art. 126 Abs. 2 StPO (die nicht gegeben seien). Abgesehen von Fällen, in denen die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre und in denen das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie auf den Zivilweg könne (Art. 16 Abs. 3 StPO), sei die materielle Beurteilung der Zivilklage zwingend, und sie müsse vollständig sein (a.a.O.).

c) Es hält sodann fest: «Soweit die Beschwerdeführer die Voraussetzungen zur Zahlung zivilrechtlicher Genugtuungsansprüche mit den beantragten Freisprüchen bestreiten, ist die Rüge nicht weiter zu behandeln, da es bei den Schuldsprüchen bleibt» (E. 6.3.1.).

d) Das Bundesstrafgericht habe indessen gegen Bundesrecht verstossen, indem es die Genugtuungsansprüche nicht abschliessend beurteilt habe. Die Vorinstanz habe über alle erforderlichen Kriterien verfügt, um die Genugtuungssummen bestimmen zu können (E. 6.3.3.).

2.2 Konkrete Entscheide

a) In einem Punkt erachtet es die Rüge eines Beschwerdeführers (Y) als begründet. Aufgrund der verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen könne die Angemessenheit der Genugtuungssummen abschliessend beurteilt werden. Das Bundesgericht weist diesbezügliche Mehrforderungen ab und verzichtet nach Art. 107 Abs. 2 BGG auf eine Rückweisung an die Vorinstanz (E. 6.3.4.).

b) Der zivilrechtliche Entscheid des Bundesgerichtes lautet demnach:

«3. Die Beschwerde im Verfahren 6B_613/2012 wird teilweise gutgeheissen, Ziffer III./4.1–4.4 des Urteils des Bundesstrafgerichts vom 24. August 2012 aufgehoben und betreffend Y. wie folgt neu gefasst:

«4.1 an B.F. _____ Fr. 40'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;

4.2 an A.F. _____ Fr. 20'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;

4.3 an C.F. _____ Fr. 23'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;

4.4 an D.F. _____ Fr. 23'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;»

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.»



IV. Bemerkungen

1. Strafrechtliche Beurteilung

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

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

2.1 Formeller Aspekt im Urteil des Bundesgerichts

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

Das Dispositiv des Bundesgerichtsurteils lautet diesbezüglich im Ziff. 3: «Die Beschwerde im Verfahren 6B_613/2012 wird teilweise gutgeheissen, Ziffer III./4.1–4.4 des Urteils des Bundesstrafgerichtes vom 24. August 2012 aufgehoben und betreffend Y. wie folgt neu gefasst:» (Hervorhebung hier). Dann folgen ebenso mit den Ziff. 4.1 bis 4.4 die gleichen Genugtuungssummen, jedoch mit der jeweiligen Ergänzung: «im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen». Damit ergibt sich eine Differenz in Bezug auf allfällige Mehrforderungen zwischen X. und Y. (BGer) bzw. A. und B. (BStrGer). Dies nur nebenbei.

2.2 Zur Beurteilung der Zivilforderungen durch die Gerichte

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

2.3 Ist hier öffentliches oder Privatrecht massgebend?

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

2.3.1 Die Sprengstoffgesetzgebung

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

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

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

AJP 2014 S. 1408, 1411

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

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

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



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

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

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

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

2.3.2 Organisationshaftungsrechtliche Fragen im Besonderen

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

AJP 2014 S. 1408, 1412

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

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



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

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

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

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

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

2.3.3 Art. 126 StPO und öffentlich-rechtliche Haftungsvorschriften

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

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

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



d) «Nach ständiger Rechtsprechung gilt indessen nicht als in seinen Zivilansprüchen tangiertes Opfer, wer durch Amtshandlungen von staatlichen Funktionären geschädigt wird, die öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften unterstehen», so das Bundesgericht im Urteil 6B_353/2010 vom 31. Mai 2010, E. 1. Ob es sich um staatliche Funktionäre handelt oder um solche einer privatrechtlichen Organisation, ist für die Frage, ob zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Haftungsvorschriften gelten, nicht vorab entscheidend, sofern die Organisation oder Person den öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften unterstellt ist; entscheidend ist, dass Opfer von Verhaltensweisen, die öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften unterstehen, ihre zivilrechtliche Klage nicht adhäsionsweise gegen (beschuldigte) Schadenverursacher im Strafverfahren geltend machen können, da den Beklagten die Passivlegitimation abgeht (vgl. dazu Oftinger/Stark, § 31 Rz. 78; Jost Gross/Volker Pribnov, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. A., Bern 2013, 4). Das hier besprochene Urteil steht damit in direktem Widerspruch zum Urteil 6B_353/2010 ebenso wie zu BGE 130 IV 27, E. 2.3.3.

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

2.3.4 Die unvollständige Regelung von Art. 126 StPO

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

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

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

3. Fazit

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



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

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

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

Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_613/2012, 6B_604/2012 die Bestimmungen über den Entscheid in der Zivilklage sehr streng, als unausweichliche Pflicht des urteilenden Gerichtes, ausgelegt – und gar materiell selber so entschieden. Dies hatte zu widerrechtlichen Folgen geführt: an Stelle der kantonalrechtlichen Organhaftung wurden die Verurteilten persönlich finanziell haftbar gemacht.

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

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

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

¹ Vgl. Urteilsbesprechung AJP 2014 S. 1408, Bundesstrafgericht, Strafkammer/Einzelrichter, Urteil vom 24. August 2012, SK.2011.12; Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Januar 2014 i.S. X. und Y. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft bzw. zivilrechtliche Adhäsionskläger, 6B_604/2012 und 6B_613/2012.

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

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

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

Zürich, 14. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

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

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

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

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

EINLEITUNG

Menschenhandel ist ein komplexes Phänomen, welches die verschiedensten Formen annimmt und grundsätzlich überall dort auftreten kann, wo es möglich ist, eine Person auszubeuten. Diese schwere Straftat und grobe Menschenrechtsverletzung¹ wird in Art. 182 StGB² pönalisiert. Die bekanntesten Formen von Menschenhandel sind der Menschenhandel zwecks sexueller Ausbeutung, Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung und Menschenhandel zwecks Organentnahme.- Unter Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung sind gem. *Botschaft des Bundesrates zum Fakultativprotokoll zur Kinderrechtekonvention betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie*³ weitere, in den Definitionen des Palermo-Protokolls⁴ als auch des Übereinkommens des Europarates zur Bekämpfung von Menschenhandel (EKM)⁵ explizit im Sinne einer Minimalaufzählung aufgeführten Formen des Menschenhandels, bzw. der damit verfolgten Ausbeutungsformen zu subsumieren.⁶ Hierunter fallen namentlich „die unter Zwang geleisteten Arbeiten oder Dienstleistungen, Sklaverei oder sklavereiähnliche Verhältnisse“⁷.

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

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

² Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

³ BBl 2005 2807.

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

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

⁶ BBl 2005 2807, 2835 f, und GRETA Bericht, § 36.

⁷ BBl 2005 2807, 2835 f.

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

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

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

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

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

Mit der Ratifizierung des Palermo-Protokolls¹⁰ und des Europaratsübereinkommens zur Bekämpfung von Menschenhandel und dessen in Kraft treten hat sich die Schweiz verbindlich zum menschenrechtlichen Ansatz in der Bekämpfung von Menschenhandel bekannt. Dies bedeutet, dass die Menschenrechte der von Menschenhandel betroffenen Personen zu jedem Zeitpunkt, in allen Aspekten der Prävention und Bekämpfung von Menschenhandel sowie dem Schutz und der Unterstützung von und der Wiedergutmachung gegenüber Betroffenen von Menschenhandel im Vordergrund stehen.¹¹ Erklärtes Ziel gem. Art. 2 lit. b Palermo-Protokoll ist es, „die Opfer des Menschenhandels unter voller Achtung ihrer Menschenrechte zu schützen und ihnen zu helfen“¹².

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

⁹ Vgl. Art. 26 EKM.

¹⁰ Vgl. Art. 2 lit. b. Palermo-Protokoll.

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

¹² Art. 2 lit. b Palermo-Protokoll.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Ibid, S. 9.

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

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

DIE SITUATION IN DER SCHWEIZ

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

Die Schweiz geht grundsätzlich davon aus, dass das non-punishment Prinzip umgesetzt ist, da das Strafrecht zum einen auf dem Verschuldensprinzip beruht¹⁸ – damit sind Handlungen unter Zwang als nicht strafbar zu beurteilen. Weiter besteht die Möglichkeit der Strafbefreiung gem. Art. 15-19 StGB (Notwehr, Notstand) und Art. 52-55 StGB.¹⁹

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

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

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

¹⁷ Jovanovic, S. 53.

¹⁸ Vgl. 19 StGB.

¹⁹ GRETA Bericht, § 184

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

Stossend scheint auch die uns bekannte Praxis, nach welcher Strafbefehle lediglich aufgeschoben werden. In concreto wurden sie dann ausgestellt, als Betroffene vor Ende des Verfahrens die Kooperation mit den Behörden abbrechen. In einem Fall musste eine Betroffene zur Befragung erscheinen und wurde gebüsst, weil sie sich gegen eine Zusammenarbeit entschieden hatte. Die Bestrafung und das Absehen von einer solchen, werden auf diese Weise zu einem Druckmittel, „leverage“ im Ringen der Strafverfolgungsbehörde um Zeugenaussagen der Opfer. Dies widerspricht dem Sinn und Zweck des „non-punishment Prinzips“, welchen § 14 der EU Anti-Menschenhandelsrichtlinie²⁰ wie folgt umschreibt:

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

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

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

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

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

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

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

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

EXPLIZITE BESTIMMUNG ZUM NON-PUNISHMENT PRINZIP IN DER STPO

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

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

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

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

²² So auch OSCE Leilinen, Empfehlung 17, S. 32.

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

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



EVA ANDONIE

DR. IUR., MITARBEITERIN ÖFFENTLICHKEITSARBEIT

FIZ FACHSTELLE FRAUENHANDEL UND FRAUENMIGRATION

²³ OSCE Leitlinien, Empfehlung 26, S. 33.



VSPB · FSFP

Verband Schweizerischer Polizei-Beamter
Fédération Suisse Fonctionnaires de Police
Federazione Svizzera Funzionari di Polizia

Verbandssekretariat
Secrétariat fédératif
Segretariato federativo

Villenstrasse 2
6005 Lucerne
tél. 041 367 21 21
fax 041 367 21 22
email mail@fsfp.org
www.fsfp.org

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

Lucerne, le 14 mars 2018

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

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

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

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

Généralités

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



VSPB · FSFP

Verband Schweizerischer Polizei-Beamter
Fédération Suisse Fonctionnaires de Police
Federazione Svizzera Funzionari di Polizia

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

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

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

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

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

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

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



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

Analyse détaillée des articles modifiés dans l'avant-projet

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

Les alinéas actuels 2, 3 deviennent alinéas 3 et 4

Art. 251a Prise de sang et d'urine

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

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

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

Propositions complémentaires de modifications

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

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

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



La FSFP propose le texte suivant:

Art. 273, al.3

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

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

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

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

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

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

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

Art. 282 Conditions (Observation)

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

a (inchangé)

b (supprimé)

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



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

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

La troisième, augmentant de un à deux mois la durée maximale d'une observation pouvant être ordonnée par la police seule, devrait, en principe, donner suffisamment de temps à la police pour atteindre les buts visés par une observation à court terme et pour évaluer la pertinence d'une observation à plus long terme (soumise à autorisation du ministère public).

Art. 283, al.2 Communication

Nous constatons toujours plus souvent que communiquer trop aisément les tactiques et techniques d'enquête met l'efficacité de ces dernières en danger. La police et les organismes d'enquête doivent pouvoir se fier à leurs propres systèmes d'investigation et ceci également sur le long terme. Force est de constater que mettre à nu l'intégralité des techniques policières affaiblit en fin de compte l'effort fourni et nuit, par conséquent, également à la recherche de la vérité. Nous proposons donc d'éliminer la nécessité de cumuler les lettres a et de l'article 283 al. 2.

La FSFP propose le texte suivant:

2 La communication est différée ou il y est renoncé aux conditions suivantes:

- a. les informations recueillies ne sont pas utilisées à des fins probatoires; ou
- b. cela est indispensable pour protéger des intérêts publics ou privés prépondérants.

Art. 286 Conditions (Investigation secrète)

La FSFP constate que le trafic d'armes et, de manière plus générale, les infractions à la LArm ne sont pas intégrées à la liste d'infractions prévues dans cet article. Au vu des risques liés au trafic d'armes, dans le contexte terroriste en particulier, la FSFP demande d'ajouter les infractions à la LArm dans la liste des infractions permettant le recours à l'investigation secrète.

Il en est de même pour l'art. 252 CP, soit l'article réprimant le faux dans les certificats, lié régulièrement à l'abus de fausses pièces d'identité.

Il convient de rappeler à ce titre que la lutte contre la fraude documentaire et la lutte contre le trafic d'armes sont considérées comme prioritaires par l'Office européen de police (EUROPOL).

Art. 312 Mandats du ministère public à la police

Le code de procédure pénale est actuellement parfois appliqué par certains ministères publics au pied de la lettre fermant ainsi la porte à une collaboration harmonieuse avec la police en limitant les possibilités



VSPB · FSFP

Verband Schweizerischer Polizei-Beamter
Fédération Suisse Fonctionnaires de Police
Federazione Svizzera Funzionari di Polizia

d'initiative de cette dernière. Ainsi, certains procureurs pensent être les seuls maîtres des tactiques, techniques et stratégies policières. Ils délivrent ainsi leurs mandats à la police sans la consulter sur la pertinence et la réalisabilité des actes d'enquête ordonnés. Les policiers mandatés ont alors l'impression d'être mis sur le fait accompli et d'être de simples exécutants sans aucune possibilité de prise d'initiative.

Or, ministère public et police sont censés être partenaires et travailler main dans la main, dans l'intérêt de la poursuite pénale. Heureusement majoritaires, d'autres ministères publics, au contraire, travaillent en parfaite collaboration avec les enquêteurs pour déterminer quelles sont les investigations ou actes d'enquête les plus pertinentes à entreprendre.

Ainsi, dans l'intérêt des procédures pénales dans leur ensemble et pour une application uniforme du CPP « unifié », il faut que cette collaboration apparaisse clairement, noir sur blanc, dans le CPP.

La FSFP propose d'intégrer la collaboration de la police au processus de décision du ministère public en modifiant l'article 312 al. 1 comme suit :

Même après l'ouverture de l'instruction, le ministère public peut charger la police d'investigations complémentaires. D'entente avec celle-ci, il lui donne des directives écrites, verbales en cas d'urgence, sur les actes d'enquête à entreprendre.

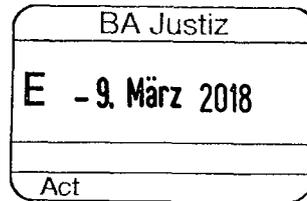
Nous vous sommes reconnaissants de considérer les propositions et réflexions de la Fédération Suisse des Fonctionnaires de Police dans la suite du processus d'adaptation du code de procédure pénale.

Nous vous remercions vivement de l'attention que vous aurez consacrée aux préoccupations des policières et policiers suisses pour lesquels le code de procédure pénal est un instrument de travail primordial.

Veillez croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à l'expression de notre parfaite considération.


Emmanuel Fivaz
Vice-président FSFP
e.fivaz@fsp.org


Max Hofmann
Secrétaire général FSFP
m.hofmann@fsp.org



Monsieur Peter Goldschmid
BUNDESAMT FÜR JUSTIZ,
FACHBEREICH STRAF-UND
STRAFPROZESSRECHT
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, le 7 mars 2018

Consultation Modification du CPP/Motion 14.3383

Monsieur,

Président d'une association romande ayant pour objectifs de promouvoir la médiation et de former des médiateurs et médiatrices en Suisse romande (Groupement Pro Médiation, composé de 200 membres environ), je prends la liberté de vous communiquer notre position associative et personnelle concernant le sujet cité en marge.

Dans le cadre de la révision partielle du CPP, provoquée par la Motion 14.3384, nous souhaitons vivement que soit repris le débat sur l'introduction de la médiation en procédure pénale fédérale pour adultes.

Les travaux, visant à l'unification de la procédure pénale fédérale, avaient parfaitement et correctement mené au projet de CPP contenant l'art. 317, qui n'avait malheureusement pas été accepté par les Chambres, sur la base d'arguments fallacieux qui n'ont plus lieu d'être invoqués.

En effet, les expériences faites avec la médiation en procédure pénale favorables aux mineurs (LF PPM, art. 18) rencontrent, dans certains cantons, un succès certain, et s'avèrent profitables tant aux mineurs impliqués qu'aux victimes.

La procédure pénale pour mineurs a, de tout temps, été présentée comme le laboratoire de nouvelles dispositions procédurales et organisationnelles pouvant être reprises en procédure pénale pour adultes.¹ Par ailleurs, les arguments économiques invoqués pour reprocher à la médiation d'être trop dispendieuse en frais de justice, sont simplement incorrects et ont été vivement reprochés à ceux qui ont émis de telles allégations.

¹ Déjà évoqué par V. Degoumois : Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse, thèse, NE, 1956.

Le rejet de l'art. 317 du projet de CPP a été vivement critiqué dans les milieux associatifs suisses promouvant la médiation, et ce rejet fut l'objet de nombreux débats au sein des professions judiciaires pénales.

A l'heure où il convient d'adapter certaines dispositions posant problème dans la pratique du CPP, il convient donc de revenir sur l'absence de dispositions favorables à la médiation dans le corps législatif fédéral, ce qui est une carence regrettable par rapport à l'évolution internationale et comparée des procédures pénales des pays voisins.

L'occasion de la motion 14.3383 est très favorable à la reprise des travaux entrepris pour le projet de CPP de 2007. Il convient donc de se pencher sur l'art. 317 p. CPP et sur son argumentaire (FF 2006, pp 201-203).

Pour l'essentiel, les arguments pro domo restent les mêmes, auxquels on pourra ajouter ceux que mentionnent les auteurs ayant publié ultérieurement à ces travaux (voir la Bibliographie sommaire annexée, concernant l'aire francophone).

En ce qui concerne le Canton de Genève, nous relevons, avec plaisir et satisfaction, que le législateur de procédure pénale cantonale a introduit, en 2001 (à l'initiative du Professeur B. Straüli et du soussigné) la médiation dans le Code de procédure pénale cantonal (avant unification) et que ce même législateur a reconduit une disposition favorable à la médiation pénale dans la « Loi d'application du code pénal et d'autres lois fédérales en matière pénale », E 4 10, art. 34A. Pour en assurer la rectitude dans son application, le Procureur Général a édité une directive intitulée « La médiation pénale » (C. 12) en date du 12 avril 2016.

A noter que le canton de Genève s'est également doté d'un « Règlement relatif aux médiateurs pénaux et civils », le 22 décembre 2004 (E. 2. 05.06).

Les avantages de la médiation civile, pénale ou administrative s'inscrivent très clairement dans l'évolution notoire et contemporaine de la « justice restaurative ». Les arguments qui plaident en faveur de cette justice modernisée sont nombreux et prennent place dans une littérature connue. La Suisse connaît même une Association suisse pour la Justice restaurative (AJURES) qui a rendu, pour la présente consultation, un texte de synthèse de bonne qualité.

J'espère que, dans le cadre de la révision citée, d'autres organismes y prendront part en rappelant la nécessité et l'urgence à introduire la médiation pénale dans le CPP. Je pense particulièrement à la Fédération suisse pour la médiation (FSM).

Il me semble nécessaire de rappeler l'importance de la contribution du Groupement Pro Médiation à la formation des médiateurs et médiatrices puisque nos enseignants interviennent dans trois Hautes Ecoles suisses romandes, à savoir la Formation continue de l'Université de Genève, la Haute Ecole en Travail Social à Genève et la Haute Ecole d'ingénierie et de gestion à Yverdon. Un ancien enseignant du GPM intervient en outre en Faculté de Droit de l'Université de Fribourg.

C'est dire que le GPM est très favorable à la consécration législative fédérale de la médiation dans le CPP, qui suivrait ainsi la perspective tracée par le CPC qui a introduit la médiation aux art. 213-218 et 297, al. 2 CPC.

Le GPM est convaincu qu'il s'agirait d'une amélioration bienvenue en procédure pénale pour les adultes.

Convaincus de l'intérêt que présente, pour tout processus judiciaire, une large palette de moyens de gestion, plusieurs parlementaires genevois ont fait, récemment, une proposition de motion visant à légiférer en vue d'un encouragement concret et général à l'utilisation de modes de résolution extrajudiciaire des litiges, ceci pour rendre directement applicable l'art. 120 de la Constitution genevoise qui énonce « L'Etat encourage la médiation ... ». (Motion M. 2449 du 6 février 2018). Le susdit article a également été fortement soutenu par mon Comité et moi-même durant les travaux législatifs constitutionnels genevois.

Cette position est celle de nombreux médiateurs romands et est également la position du Comité de l'association que je préside depuis 2009. Nous sommes certains que l'introduction de la médiation pénale en faveur des adultes s'inscrit logiquement dans la réforme partielle, et en cours, du CPP, et permettrait de réaliser des progrès considérables dans la gestion d'une justice pénale débordée, et devenue incapable de respecter, dans les procédures pénales, « le délai raisonnable » dans lequel chacun a le droit d'être jugé.

Disposé à témoigner, si nécessaire, devant les Commissions fédérales chargées de cette réforme (ou les commissions d'experts) j'espère que vous tiendrez largement compte de la présente et vous prie de croire, Monsieur, à mes respectueuses salutations.


Christian-Nils Robert
Professeur honoraire et avocat
Président du GPM



JURISTINNEN SCHWEIZ
FEMMES JURISTES SUISSE
GIURISTE SVIZZERA
GIURISTAS SVIZRA
WOMEN LAWYERS SWITZERLAND

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

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

Freiburg, 14. März 2018

Vernehmlassung zur Änderung der Strafprozessordnung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse – Giuriste Svizzera – Giuristas Svizera (siehe www.lawandwomen.ch, nachfolgend: Juristinnen Schweiz) wurde 2001 gegründet als Berufs- und Vernetzungsorganisation der Schweizer Juristinnen. Sie bringt die Stimmen der Frauen, vor allem der Fachfrauen, im Gesetzgebungsverfahren ein. In diesem Zusammenhang interessieren uns namentlich Gesetzgebungsvorhaben, welche auf die Stellung der Frau und das Verhältnis unter den Geschlechtern in der Familie und ausserhalb einen Einfluss haben. Wir erlauben uns deshalb, im Vernehmlassungsverfahren zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383) Stellung zu nehmen.

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

Vorbemerkungen

Juristinnen Schweiz beschränken sich darauf, die vorgeschlagene Revision der StPO auf die Stellung von Opfern und dort unter dem Aspekt der häufigsten Deliktsformen gegen Frauen, der sexuellen Gewalt und der Gewalt im sozialen Nahraum, zu kommentieren.

Grundsätzlich begrüssen wir alle Verbesserungen für die Stellung des Opfers im Strafverfahren. Wir stellen jedoch fest, dass auch der Bericht zur Evaluation des Opferhilfegesetzes von 2015, auf welchen sich die diesbezüglichen Revisionsvorschläge stützen, die neuesten Erkenntnisse zur Traumaforschung zu wenig berücksichtigt. Wir möchten hier auf ein neues Standardwerk von Gysi Jan/Rüegger Peter (Hrsg.), Handbuch sexualisierte Gewalt, Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern, 2018 (im Folgenden: Handbuch) hinweisen, welches vertieften Einblick in die strafverfolgungsrelevanten Wirkungen von Traumata auf Seiten der Opfer aber auch der Täter gibt. Die im genannten Handbuch gemachten Anregungen zum Umgang mit ZeugInnen

Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse

Alice Reichmuth Pfammatter, Präsidentin
Rue de Lausanne 81, 1700 Fribourg
Telefon +41 26 322 88 88 - Telefax +41 26 322 88 89

alice.reichmuth@lawandwomen.ch
www.lawandwomen.ch
Konto IBAN CH84 0900 0000 1766 1943 5

im Strafprozess sollten auch in der Gesetzgebung berücksichtigt werden (Handbuch Kapitel 5 und 6).

Im Weiteren vermissen wir den Einbezug der kürzlich ratifizierten „Istanbul-Konvention“, dem Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt gegen Frauen (BBI 2017, 281). Insbesondere die Verpflichtung zur Aus- und Fortbildung der Strafverfolgungsbehörden zum Thema der Gewalt gegen Frauen gehört in die Strafprozessordnung.

Im Einzelnen schlagen wir folgende Ergänzungen und Präzisierungen vor:

Artikel 78a VE-StPO; Einvernahmeprotokolle

Bei Straftaten aus dem Bereich der sexuellen Gewalt und der Gewalt im sozialen Nahraum aber auch sonst bei Gewaltdelikten liegt häufig als einziger Beweis die Aussage des betroffenen Opfers vor. Deshalb kommt der Qualität dieser Aussagen und damit der Befragung und Protokollierung entscheidende Bedeutung zu. Zudem sollten Opfer von Straftaten möglichst schonend und damit auch möglichst wenig einvernommen werden (Art. 117 Abs. 2 StPO), um Retraumatisierungen zu vermeiden. Diesen sich widersprechenden Anforderungen kann mit einer Pflicht, Befragungen von vermuteten Opfern stets audiovisuell festzuhalten, nachgekommen werden. Die heutigen technischen Hilfsmittel, die zur Verfügung stehen, sind bezahlbar und einfach anzuwenden. Die Staatsanwaltschaft Zürich praktiziert bereits heute dieses Vorgehen bei Gewaltdelikten.

Vorschlag:

Die Pflicht sollte in Art. 78a und in Art. 117 StPO festgehalten werden.

Artikel 117 Absatz 1 Buchstabe g (neu) VE-StPO

Wird begrüsst.

Artikel 136 Absatz 1bis VE-StPO

Wird begrüsst, insbesondere dass nur Opfern und nicht allen Privatklägern dieses Recht gewährt wird. Unsere Mitglieder, die in Gerichtsfunktionen tätig sind, bestätigen, dass im Bereich der Privatklägerschaft viele querulatorische Strafanzeigen zu finden sind, mit welchen versucht wird, zivilrechtliche Auseinandersetzungen, nachbarschaftsrechtliche oder sonstige Feindschaften zu lösen.

Art. 147 und 147a VE-StPO

Juristinnen Schweiz begrüsst es, dass nun explizit Ausnahmen vom Teilnahmerecht statuiert werden. Allerdings ist die vorgeschlagene Regelung zu wenig klar und lässt zu grossen Interpretationsraum. Zudem wird zu wenig berücksichtigt, dass insbesondere bei der Befragung von Opfern von Gewalttaten die Teilnahme bei jeder Befragung eine grosse Belastung darstellt und die Qualität der Aussagen beeinflusst. Es liegt deshalb im Interesse der Ermittlung der materiellen Wahrheit, das Teilnahmerecht auf das Konfrontationsrecht zu beschränken, zumal auch der EGMR einzig die Konfrontation garantiert (vgl. BGer 6B_764/2015 vom 06. Januar 2016 E 1.7.2 und 1.7.3).

Wir beantragen deshalb eine vollständige Streichung der Teilnahmerechte bei der Befragung von Opfern oder zumindest in jenen Fällen, in welchen eine Beeinflussung des Aussageverhaltens zu befürchten ist.

Vorschlag mit Eventualvorschlag kursiv:

Ergänzung Art. 147a Abs. 1 VE mit einem zweiten Satz: *Bei der Befragung von Opfern im Sinn von Art. 116 Abs. 1 StPO ist die Teilnahme ausgeschlossen.*

Mindestergänzung Art. 147a Abs. 1 VE: *(...) oder ist zu befürchten, dass die einzuvernehmende Person durch die Anwesenheit der beschuldigten Person in ihrem Aussageverhalten beeinflusst wird (...).*

Zudem verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 78a VE-StPO, wonach Opfer immer mit audiovisueller Aufzeichnung befragt werden sollten. Damit kann die beschuldigte Person vollumfänglich ihre Rechte durch nachträgliches Visionieren der Aufnahmen wahrnehmen.

Anwalt der ersten Stunde, Art. 158 StPO

Im Evaluationsbericht zum OHG wird die Frage, ob auch Opfer sich von der „ersten Stunde“ an anwaltlich vertreten lassen dürfen, diskutiert (S. 59 ff.). Schliesslich verneinen die AutorInnen den Bedarf einer anwaltlichen Vertretung für Opfer vom Anfang der Untersuchungen an. Die Argumente überzeugen jedoch wenig und fassen offensichtlich nicht auf Praxiserfahrung. Interessanterweise befürworten nämlich nicht nur Opferberatungen und –vertretungen, sondern auch die von diesem Recht besonders betroffene Polizei eine sofortige anwaltliche Unterstützung (Bericht S. 59). Es entspricht denn auch der Erfahrung unserer Mitglieder, welche als Opferanwältinnen arbeiten, dass gerade stark traumatisierte Opfer sich bei der polizeilichen Einvernahme ohne anwaltliche Unterstützung dem ihnen unvertrauten Strafverfolgungssystem ausgeliefert fühlen. Gleichzeitig hängt der Entscheid, ob die Untersuchung weitergeführt wird oder nicht, ganz entscheidend von der Qualität der ersten polizeilichen Befragung ab. Begleitpersonen ohne juristische Ausbildung können gerade stark verunsicherten Opfern das Vertrauen in die Strafverfolgungsbehörden weniger gut vermitteln. Zudem suchen Opfer häufig bereits vor dem Gang zur Polizei rechtliche Beratung – was ihnen auch Fachleuten der Traumapsychologie empfehlen (vgl. Erdös, Handbuch, Kapitel 4.1). Es ist für sie unverständlich und stark verunsichernd, dass diese Beratungsperson sie dann nicht zur polizeilichen Beratung begleiten darf, wenn nicht auf ihre eigenen Kosten. Die Begründung im Evaluationsbericht, wonach es nicht um „Waffengleichheit“ gehen könne, suggeriert den vorurteilsbelasteten Generalverdacht, dass Anzeigen von Gewaltverbrechen in erster Linie dazu dienen, der angezeigten Person „eins auszuwischen“.

Vorschlag kursiv:

Ergänzung von Art. 117 Abs. 1 lit. b StPO

b. das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson (Art. 70 Abs. 2, 152 Abs. 2) *und eine Rechtsvertretung ab dem polizeilichen Vorverfahren (Art. 299 ff.);*

und/oder: Art. 152 Abs. 2 StPO

2 Das Opfer kann sich *ab dem Vorverfahren* bei allen Verfahrenshandlungen ausser von seinem Rechtsbeistand von einer Vertrauensperson begleiten lassen.

Artikel 301 Absatz 1bis VE-StPO

Wird begrüsst.

Artikel 318 Abs. 1bis und 3 VE-StPO

Diese Neuerung wird von uns begrüsst. Die Staatsanwaltschaft sollte aber nicht nur auf die Möglichkeit hinweisen, sich als Privatklägerschaft zu konstituieren, sondern auch auf den Zeitpunkt, bis zu welchem die Zivilklage spätestens zu beziffern ist. Der Zeitpunkt, in welchem auf diese Pflicht hingewiesen wird, erfolgt gemäss der heutigen Regelung sehr früh, so dass viele unvertretene Privatklägerinnen sich dessen im Moment des Abschlusses der Voruntersuchung nicht mehr bewusst sind.

Vorschlag kursiv:

1bis Sie teilt den ihr bekannten Opfern schriftlich mit, dass sie einen Strafbefehl erlassen, Anklage erheben oder das Verfahren durch Einstellung abschliessen will, und setzt ihnen eine Frist, innerhalb welcher sie sich als Privatklägerschaft konstituieren und Beweisanträge stellen können. *Gleichzeitig weist sie auf die Frist zur Bezifferung allfälliger Zivilforderungen hin.*

Artikel 353 Absatz 2 eStPO

Wird begrüsst.

Art. 8a Opferhilfegesetz

Wird begrüsst.

Wir hoffen, dass die aus Opfersicht genannten wichtigen Punkte in die Gesetzesvorlage einfließen.

Freundliche Grüsse



Dr. Alice Reichmuth Pfammatter
Präsidentin



Regula Kolar
Geschäftsstellenleiterin

Schweizerische Eidgenossenschaft
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

Winterthur, 6. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

a.) Einleitung

Kinderanwaltschaft Schweiz nimmt die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr, sich im Rahmen des obengenannten Vernehmlassungsverfahrens äussern zu können. Sie äussert sich in diesem Papier ausschliesslich zum Teil der Vernehmlassung bezüglich der Änderungen in Art. 3 Abs. 2 JStG, Abschnitt 2.2 des Berichts.

Kinderanwaltschaft Schweiz als unabhängiger, überkonfessioneller und parteipolitisch neutraler Verein bietet Kindern und Jugendlichen in allen sie betreffenden rechtlichen Verfahren unabhängige Hilfe und Unterstützung. Der Verein fördert und unterstützt auf Grundlage der UN-Kinderrechtskonvention und der Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz mit gezielten Massnahmen die Sensibilisierung und die Umsetzung einer kindgerechten Justiz in der Schweiz.

Kinderanwaltschaft Schweiz begrüsst das Ziel, die StPO praxistauglicher zu gestalten. Kritisch steht Kinderanwaltschaft Schweiz, als Vertreterin der Interessen der Kinder und Jugendlichen, jedoch dem folgenden Punkt gegenüber:

b.) Änderung Art. 3 Abs. 2 JStG

Die Regelung des geltenden Rechts sieht vor, dass bei Tätern, die vor und nach Vollendung ihres 18. Altersjahres Straftaten begangen haben (sog. Übergangstäter), die gleichzeitig zu beurteilen sind, sowohl Massnahmen nach dem StGB als auch nach dem JStG angeordnet werden können. Diese Norm basiert auf dem Schutz- und Erziehungsgedanken, welcher bei jugendlichen Tätern massgebend ist. Taten vor und nach dem 18. Altersjahr werden zudem von einer Strafverfolgungsbehörde als Einheit beurteilt.

Gemäss dem erläuternden Bericht zur Änderung der geltenden Strafprozessordnung sollen Straftaten von Übergangstätern neu formell getrennt beurteilt und sanktioniert werden, da die Anordnung einer jugendstrafrechtlichen Massnahme gegenüber einem jungen Erwachsenen systemfremd und nicht angezeigt erscheine. Dieser Behauptung steht Kinderanwaltschaft Schweiz kritisch gegenüber. Gerade auch bei jungen Erwachsenen zwischen 18 und 25 Jahren ist der Erziehungsgedanke von grösster Bedeutung. Die reine Bestrafung darf nicht im Vordergrund stehen. Entwicklungspsychologisch ist hinlänglich bekannt, dass sich wichtige Gehirnareale, u.a. zur Impulskontrolle, bis zum 25. Altersjahr weiterentwickeln.¹ Schutz, Erziehung und Wiederintegration in die Gesellschaft sind das nachhaltige Ziel des Rechtssystems bei dieser Zielgruppe.

Dass der Erziehungsgedanke bei Ersttätern bis zum 25. Altersjahr auch bei Staatsanwaltschaften und Gerichten im Vordergrund stehen sollte, zeigt sich ebenso im Erwachsenenstrafrecht, wo Massnahmen für junge Erwachsene bis 25 Jahre nach Art. 61 StGB ergriffen werden können.

Weiter wird im Bericht zur Vernehmlassung das Argument aufgeführt, eine formelle Trennung der Verfahren würde sich aufdrängen, weil den Jugendstrafbehörden die Praxis im Erwachsenenstrafrecht fehle. Selbst wenn dies zutreffen würde, so sind aus Perspektive der betroffenen jungen Erwachsenen Verfahren bei einer Jugendstrafbehörde mit vielen Vorteilen verbunden. Dies insbesondere darum, weil Jugendstrafbehörden dem Schutz und der Erziehung von Jugendlichen verpflichtet sind und dieser Fokus auch bei jungen Erwach-

¹ „Die erste große Entwicklungsphase ist mit 24, 25 Jahren abgeschlossen, wenn der präfrontale Kortex, der wichtig für soziale Entscheidungsprozesse und die Ich-Entwicklung ist, als letzter Hirnteil seine erwachsene Form annimmt.“

<http://www.zeit.de/zeit-wissen/2014/06/generation-zukunft-altersgruppen-unterschiede/seite-3>
https://www.focus.de/wissen/reifepreuefung_aid_104681.html

senen von grösster Bedeutung ist. Die aktuelle Rechtslage entspricht zudem dem Grundsatz der Einheit von Verfahren.

Durch die geplante Gesetzesänderung werden jedoch Jugendliche bzw. junge Erwachsene insoweit schlechter gestellt, als sie nicht mehr in sämtlichen Fällen von jugendstrafrechtlichen Massnahmen, welche die Erziehung des Jugendlichen in den Vordergrund stellen, profitieren können.

Des Weiteren würde gemäss Kinderanwaltschaft Schweiz die Gesetzesänderung zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, da nicht klar ist, wie der Vollzug der separaten Urteile erfolgen soll. Insbesondere in Fällen, in welchen Jugendstrafbehörden Massnahmen zur Integration von Tätern in die Gesellschaft ergreifen, könnten zusätzliche Strafen des Erwachsenstrafrechts torpedierend und zielverhindernd wirken.

Auch aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten erscheint es Kinderanwaltschaft Schweiz stossend, wenn für dieselbe Person gleichzeitig mehrere Strafverfolgungsbehörden involviert sind und mehrere Strafverfahren gleichzeitig geführt werden müssten.

c.) Schlussfolgerungen

Kinderanwaltschaft Schweiz lehnt die vorgeschlagenen Änderungen von Art. 3 Abs. 2 JStG aus den folgenden Gründen ab:

- Jugendliche und junge Erwachsene würden durch die geplante Gesetzesänderung nicht mehr in sämtlichen Fällen vom Erziehungsgedanken des Jugendstrafrechts profitieren können. Dies steht im Widerspruch zum Grundsatz von Art. 2 JStG, der die Erziehung und den Schutz der Jugendlichen in den Vordergrund stellt.
- Entwicklungspsychologisch ist nachgewiesen, dass sich relevante Hirnareale für die Steuerung sozialer und emotionaler Aktivitäten sowie der Impulskontrolle bis zum 25. Altersjahr entwickeln. Diese Tatsache muss bei der Strafverfolgung beachtet werden.

- Die geplante Änderung wäre mit einer grossen Rechtsunsicherheit im Vollzug von Sanktionen verbunden, da sich Strafen und Massnahmen des Jugendstrafrechts nicht leicht mit denjenigen des Erwachsenstrafrechts vereinen lassen.
- Eine formelle Trennung von jugendstrafrechtlichen Verfahren und Verfahren des Erwachsenstrafrechts verletzt zudem den Grundsatz der Einheit von Verfahren und ist auch aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten abzulehnen. Es scheint nicht effizient, wenn sich zwei unterschiedliche Strafverfolgungsbehörde mit ein und demselben Täter befassen und mehrere separate Sanktionen vollzogen werden müssen.

Aus den dargelegten Gründen sollte gemäss Kinderanwaltschaft Schweiz auf die Revision von Art. 3 Abs. 2 JStG verzichtet werden und die geltende Fassung des ursprünglichen Artikels beibehalten werden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung der eingebrachten Anliegen.

Freundliche Grüsse

Kinderanwaltschaft Schweiz



Rachel Méndez
MLaw
Leiterin Behörden und Gerichte



Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des
Eidgenössischen Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
Bundeshaus
3003 Bern

Bern, 05.02.2018

09.02.02 brä

Vernehmlassungsantwort der KKJPD zur Vorlage des EJPD zur Umsetzung der Motion der Kommission für Rechtsfragen (14.3383) «Anpassung der Strafprozessordnung»

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die KKJPD bedankt sich, im Rahmen des ordentlichen Vernehmlassungsverfahrens angehört zu werden. Sie nimmt zu den rubrizierten Vorentwürfen wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkungen

Die Strafverfolgung ist eine Kernaufgabe des Staates. Sie liegt gemäss der Bundesverfassung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 22 und 15 f. StPO). Mit deren Umsetzung gewährleisten die Kantone unter anderem die öffentliche Sicherheit (sog. Polizeihoheit im Rahmen der inneren Sicherheit) (Art. 57 BV i.V.m. Art. 3 und 42 BV). Deshalb tragen die 26 Kantone die hauptsächlichen finanziellen Lasten, welche durch die Umsetzung der Aufgabe der Strafverfolgung entstehen, denn sie führen weit über 90 % der Strafverfahren. Dieser Ausgangslage hat der Bundesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Strafprozessordnung Rechnung zu tragen, indem er nicht nur rechtsstaatlich einwandfreie, sondern auch praktisch umsetzbare Lösungen vorschlägt. Zudem müssen bei allen Revisionen immer auch deren Ausführungskosten in den Kantonen im Auge behalten werden. Andernfalls laufen wir Gefahr, einer Zweiklassenjustiz Vorschub zu leisten, bei welcher nicht mehr die Suche der materiellen Wahrheit und ein rechtstaatliches Verfahren im Zentrum stehen, sondern die Frage, ob die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel (Budgets) ausreichen, einen Fall an die Hand zu nehmen. Eine solche Entwicklung gilt es bereits im Ansatz zu unterbinden. **Die KKJPD lehnt deshalb alle Änderungsvorschläge ab, welche zu einem personellen und/oder finanziellen Mehraufwand führen. Diese Haltung zeigt sich insbesondere in**

1 / 8

den nachfolgenden Stellungnahmen zu den Themenkreisen der notwendigen und amtlichen Verteidigung (Art. 130 und 133 StPO), der Teilnahmerechte (Art. 147 StPO) sowie des Strafverfahrensverfahrens (Art. 352 f. StPO).

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

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

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

- Insbesondere befriedigend gelöst erscheint das Problem mit der Protokollierung von Einvernahmen in **Art. 78a VESTPO**. 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.
- In Bezug auf Art. **221 Abs. 1 Bst. c VESTPO** (Wiederholungsgefahr als Haftgrund) ist es richtig, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Vortaterfordernis auf **eine** Straftat zu beschränken, sofern es sich dabei um ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen handelt.
- Betreffend **Art. 222 Abs. 2 VESTPO** begrüsst die KKJPD, dass dieser der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angepasst wird. Das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen vom Zwangsmassnahmengericht (ZMG) abgelehnte Haft wird damit ins Gesetz übernommen. Zusätzlich ist jedoch anzumerken, dass der vorliegende Entwurf in Art. 228a das Verfahren für diesen Fall zwar definiert, dies jedoch nur teilweise in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe dazu kritisch unter Ziff. 2.5.2).

Sie bedankt sich dabei bei den Verantwortlichen des Bundesamts für Justiz (BJ). Nachfolgend werden nun diejenigen Themen aufgelistet, bei welchen die KKJPD substantielle Änderungen fordert. Dies sind die Revisionspostulate der KKJPD.

Im 3. Abschnitt werden einige ausschliesslich technische Mängel der Vorlage aufgezeigt, die es nach Meinung der KKJPD zu verbessern gilt.

2. Revisionspostulate der KKJPD

2.1 Verteidigung

2.1.1 Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)

Die KKJPD lehnt den in der Vorlage vorgesehenen Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor ZMG ab, wenn der Staatsanwalt persönlich auftritt. Dass eine Vertretung der 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 sogleich wieder aufgehoben werden.

2.1.2 Art. 131 Abs. 2 VESStPO (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 nach Auffassung der KKJPD das Ziel einer «technischen Gesetzesrevision». Eine diesbezügliche Präzisierung von **Art. 309** wird gefordert.

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

Der Vernehmlassungsentwurf löst die heute bestehende Diskrepanz zwischen deutsch-italienischem Text einerseits und französischem Text andererseits entgegen der Auffassung KKJPD zugunsten des französischen Textes auf. Es geht um die Frage, ob die Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führen, dass die Einvernahme **ungültig** wird oder **nicht verwertbar** ist. Das Bundesgericht hat diese Frage offen gelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.4). Der Vernehmlassungsentwurf entscheidet sich für die absolute Unverwertbarkeit des mangelbehafteten Beweismittels. Dieser weitere Schritt weg von einer Suche nach der materiellen Wahrheit zu einer bloss formellen Wahrheit wird von der KKJPD klar abgelehnt. Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten ist zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer **relativen** Unverwertbarkeit aufzulösen. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können. Es darf keine automatische Ungültigkeit eintreten. Entgegen dem Vernehmlassungsentwurf darf deshalb nach Ansicht der KKJPD 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 ignoriert, dass die Entscheide der Staatsanwaltschaft an die Beschwerdeinstanz – ein Gericht – weitergezogen werden können. Es ist festzuhalten, dass mit dem vorgeschlagenen Gesetzestext die Kantone immerhin Lösungen wählen können, die den praktischen Bedürfnissen entgegenkommen. Die KKJPD geht davon aus, dass Lösungen, wie sie beispielsweise der Kanton Zürich kennt, weiterhin möglich sind.

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

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

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

Die KKJPD bekennt sich zu den grundlegenden Standards, welche die EMRK im Verfahrensrecht festlegt. Diese sind für einen Rechtsstaat wie die Schweiz von zentraler Bedeutung. Sie lehnt jedoch den im Vorentwurf vorgeschlagenen und über diese Standards hinausgehenden «Swiss-Finish» ab. Dieser verkompliziert die Verfahren unnötigerweise, 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.

Die KKJPD fordert, dass sowohl aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen als auch aus Gründen der materiellen Wahrheitsfindung, die der eigentliche Zweck der Regelung in der StPO ist, die Teilnahmerechte dem Niveau der Garantie des Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK anzupassen sind.

2.3 Strafbefehlsverfahren (Art. 352)

Das Strafbefehlsverfahren stellt den zentralen Pfeiler einer effizienten schweizerischen Strafverfolgung dar, werden doch über 97 % der Fälle mit diesem Prozessinstrument abgeschlossen. Die heutige Lösung hat sich aus Sicht der KKJPD eindeutig bewährt. Sie stellt ein effizientes, einfaches und rasches Mittel der Verfahrenserledigung im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität dar. Es zeigt sich aus den Erfahrungen der Praxis zudem, dass die Beschuldigten in der überwiegenden Mehrheit der Fälle ein grosses Interesse an einer raschen, unkomplizierten und kostengünstigen Erledigung der Strafuntersuchung haben. Mit dem einfach ausgestalteten Einspracheverfahren ist darüber hinaus auch eine rechtstaatliche Überprüfung des Entscheides durch ein unabhängiges Gericht ohne weiteres möglich. Eine Änderung an der heutigen Ausgangslage führt deshalb unweigerlich zu erheblichen Mehrkosten für die Kantone ohne einen rechtsstaatlichen Zugewinn. Die KKJPD lehnt die vorgeschlagenen Änderungen klar ab.

Erfreulich und zu begrüßen ist aus Sicht der KKJPD jedoch, dass die Strafbefehlskompetenz nicht reduziert werden soll.

Demgegenüber lehnt die KKJPD den Vorschlag in Art. 352 Abs. 1^{bis} des vorliegenden Entwurfes ab, wonach das Strafbefehlsverfahren mit Freiheitsstrafe von über 4 Monaten oder Geldstrafe von mehr als 120 Tagesätzen zwingend ausgeschlossen ist, wenn sich ein Opfer als Privatkläger am Verfahren beteiligt. Ob ein Verfahren mit Strafbefehl abgeschlossen werden kann, darf nicht davon abhängen, ob es sich um ein Delikt mit Opfern handelt. Zudem kann es sein, dass die das Opfer betreffenden Tatvorwürfe nur einen (geringen) Teil der abzuurteilenden Delikte betreffen. Im Übrigen wünschen es Opfer oft nicht, dass ihr Fall in der Öffentlichkeit verhandelt wird.

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

Die KKJPD lehnt aus Kostengründen eine Änderung im Sinne einer obligatorischen Einvernahme durch den Staatsanwalt ab.

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

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

2.3.3 Art. 354 Abs. 1ter (differenzierte Einsprachefrist)

Art. 354 Abs. 1^{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.

Die KKJPD lehnt diesen Vorschlag ab. Aus Sicht der KKJPD ist vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel («Kriminaltouristen») eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können. In jedem Fall gilt es jedoch zu verhindern, dass im Strafbefehlsverfahren zwei unterschiedliche Fristen zur Anwendung kommen.

2.4 Opferrechte

Opferrechte sind zweifelsohne wichtig. Die aber in der vorliegenden Vorlage vorgenommene Vermischung der Teilnahmerechte mit den Mitwirkungsrechten der Opfer ist nach Ansicht der KKJPD dogmatisch falsch und nicht zielführend. Die KKJPD vermisst in der Vorlage eine umfassende Auslegeordnung zur Frage der Opferrechte, welche über die strafprozessualen Fragen hinausgeht. Anpassungen in diesem wichtigen und sensiblen Bericht dürfen nicht ohne Einbezug der materiellen Regelungen im Opferhilfegesetz erfolgen.

Ohne eine transparente Auslegeordnung steht die KKJPD einer Änderung der Opferrechte, wie sie teilweise vorgeschlagen wird, ablehnend gegenüber. Das Strafverfahren dient in erster Linie der Suche nach der materiellen Wahrheit mittels eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens. Dass die Beschuldigten dabei im Zentrum des Verfahrens stehen, liegt in der Natur der Sache. Die aktuellen Bestimmungen zu den geschädigten Personen und Opfern innerhalb der StPO erscheinen der KKJPD als sinnvoll. Zusätzliche Bestimmungen führen zu einer Verkomplizierung und dadurch zu einer Verlangsamung sowie Verteuerung der Verfahren. Diese Konsequenz ist sicherlich nicht im Sinne der Opfer. Der Vernehmlassungsentwurf übernimmt in diesem Punkt einseitig eine nicht breit

abgestützte Forderung aus der Opferhilfeevaluation, was die KKJPD nachdrücklich missbilligt. Es geht dabei zudem vergessen, dass die Gesamtheit der für sich jeweils geringfügigen Verbesserungen der prozessualen Rechte der Opfer bei den Behörden immer viel Aufwand auslöst.

2.5 Weitere Revisionspunkte

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

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

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

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

2.5.3 Art. 248 (Siegelung)

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

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

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

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

Die Möglichkeiten der Siegelung sind deshalb gegenüber der heutigen Regelung deutlich einzuschränken. Eine Siegelung sollte nur noch dann möglich sein, wenn sich der Berechtigte auf ein spezifisches Beschlagnahmeverbot der StPO berufen kann. Dieses wäre vom Berechtigten im Entsiegelungsverfahren auch zu beweisen. Da der Berechtigte als einziger den Inhalt der sichergestellten Unterlagen kennt, wäre er zu verpflichten, nach der Siegelung binnen einer Frist von 10 Tagen sämtliche Daten und Unterlagen exakt zu bezeichnen, die nach seiner Auffassung nicht durchsucht oder 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 fordert die KKJPD eine Anpassung der Bestimmung zur Siegelung.

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

Das Bundesgericht fordert als Voraussetzung für die DNA-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. Art. 255 StPO ist deshalb nach Meinung der KKJPD in dem Sinne zu ergänzen, dass die Abnahme des WSA auch dann möglich ist, wenn eine «gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte».

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

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

2.5.6 Art. 303a (Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten)

Die KKJPD begrüsst den Vorschlag, die Sicherheitsleistung auf Ehrverletzungsdelikte zu beschränken.

3. Technische Mängel

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

Mit dem vorgeschlagenen Text soll das Double Instance Prinzip auch für Ausstandsentscheide geschaffen werden. Allerdings gelingt das nur sehr beschränkt, nämlich im Fall von Art. 59 Abs. 1 lit. a, wenn die Staatsanwaltschaft entscheidet. Indem das Wort «endgültig» gestrichen wird, kann der Entscheid des Staatsanwalts gestützt auf Art. 393 Abs. 1 lit. a an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden. In den Fällen von lit. b – d (Entscheide der Beschwerdeinstanz, des 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 (unnötige) Unklarheit: Wiedersetzt sich die betroffene Person, so informiert die Polizei unverzüglich die Staatsanwaltschaft. Entgegen dem Begleittext ergibt sich aus dieser Formulierung nicht, dass die Staatsanwaltschaft dann zur Anordnung zuständig sein soll. Das ist explizit zu sagen: „In diesem Fall entscheidet die Staatsanwaltschaft.“

Wir bitten Sie, unsere Überlegungen bei der Erarbeitung der definitiven Botschaft zu berücksichtigen, und danken Ihnen dafür bestens.

Freundliche Grüsse



Hans-Jürg Käser
Präsident KKJPD



Roger Schneeberger
Generalsekretär KKJPD

Kopie z.K.:

- Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren der Kantone
- Sekretariat Strafrechtskommission der KKJPD



KKLJV CCSPC CDSPC

Konferenz der Kantonalen Leiter Justizvollzug
Conférence des chefs de services pénitentiaires cantonaux
Conferenza dei direttori dei servizi penitenziari cantonali

Sylvie Bula
Présidente
p.a. Service pénitentiaire
Chemin de l'Islettaz
Bâtiment A
1305 Penthaz

transmission par courriel
Département fédéral de justice et police
Office fédéral de la justice
Madame Annemarie Gasser
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Penthaz, le 12 mars 2018

Mise en consultation de la modification du code de procédure pénale (CPP)

Madame,

Je vous remercie d'avoir soumis en consultation la modification du Code de procédure pénale (CPP) à la Conférence de chefs des services pénitentiaires cantonaux. Après réalisation d'un sondage auprès de nos membres, nous sommes en mesure de nous déterminer comme suit concernant les articles ayant directement un impact sur le domaine pénitentiaire :

1. Article 236 alinéa 1 du projet de CPP :

La clarification amenée par la nouvelle formulation de l'article 236 alinéa 1 est majoritairement saluée, en ce sens qu'elle permet de garantir une interprétation uniforme des conditions d'accès au régime de l'exécution anticipée d'une peine privative de liberté ou d'une mesure.

Il sied de préciser que dès que le prévenu intègre un régime ordinaire d'exécution de la sanction, les règles usuelles dudit régime s'appliquent (notamment accès au travail, ainsi qu'accès libre au téléphone et aux visites). Les établissements d'exécution sont conçus et organisés de manière à mettre en œuvre un régime ordinaire et ne peuvent pas pratiquer des restrictions particulières dans la prise en charge si ces règles s'avéraient en contradiction avec les buts de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté, tel que le mentionne l'article 236 al. 4. Par conséquent, dans pareille situation, l'exécution anticipée d'une peine privative de liberté ou d'une mesure ne devrait pas être prononcée. Afin d'éviter toute incohérence dans ces dispositions, il conviendrait de supprimer la fin de l'alinéa 4, soit « *sauf si le but de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté s'y oppose* ».

En outre, en conditionnant l'accès au régime de l'exécution anticipée d'une sanction à la disponibilité d'une place de détention dans un régime ordinaire, il s'agira de rester attentif à ce que les cantons disposent de suffisamment de places, tant dans les régimes de détention provisoire que d'exécution des sanctions, et que l'accès à ce régime ne soit pas bloqué pour des raisons infrastructurelles.



2. Article 364a du projet de CPP :

Les membres de notre conférence ont également salué à une large majorité l'introduction de l'article 364a prévoyant la possibilité d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté en vue d'une décision judiciaire ultérieure. Plusieurs cantons disposent déjà de dispositions similaires dans leur législation cantonale et cette nouvelle disposition permettra une harmonisation au plan fédéral.

Ce nouvel article offrira ainsi la possibilité aux autorités d'exécution des sanctions pénales de réagir rapidement en cas d'urgence et de prendre ainsi les mesures qui s'imposent pour préserver la sécurité publique.

Toutefois, la mise en œuvre de pareille disposition n'est pas sans conséquence pour l'organisation des cantons qui devront ainsi disposer des moyens permettant une action rapide (par exemple au travers d'un service de piquet), ainsi que la réalisation des démarches de confirmation de la détention auprès du Tribunal des mesures de contraintes. Cela devra se traduire, dans certains cantons, par l'obtention de ressources supplémentaires, sous peine de ne pouvoir garantir l'application de cet article.

En outre, pour les cantons disposant d'un juge d'application des peines, il s'agira de préciser le champ des compétences de l'autorité administrative, en ce sens qu'elle disposera, par cet article, de compétences qui s'apparentent à celles de l'autorité judiciaire.

En restant à votre disposition pour toute question complémentaire, je vous prie de croire, Madame, à l'expression de mes sentiments distingués.


Sylvie Bula
Présidente



KONFERENZ DER KANTONALEN POLIZEIKOMMANDANTEN

Generalsekretariat
Haus der Kantone
Speichergasse 6
3011 Bern

EJPD
Bundesamt für Justiz

Per Mail:
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 23. Januar 2017

Vernehmlassung des Bundes: Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383 RK-S)

Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten (KKPKS)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Nachfolgend finden Sie unsere Anmerkungen und Änderungsvorschläge.

I. Grundsätzliches

Die KKPKS begrüsst die Revision der Strafprozessordnung, zumal die Erfahrung aus der Praxis gezeigt hat, dass die StPO in ihrer heutigen Fassung klare Mängel aufweist und die Ermittlungsarbeiten der Strafverfolgungsbehörden auf der Suche nach der materiellen Wahrheit teilweise massiv erschwert. Insbesondere das zu extensiv ausgestaltete Teilnahmerecht der Mitbeschuldigten, aber auch der zu ungenau verfasste Artikel in Bezug auf die Abnahme von WSA bei Beschuldigten stellt die Strafverfolgungsbehörden immer wieder vor erhebliche Probleme.

Es ist uns ein grosses Anliegen, dass das Strafverfahren für alle Beteiligten unter klaren und fairen Bedingungen erfolgt und insbesondere die Anforderungen der EMRK eingehalten werden. Den Beschuldigtenrechten ist jedoch nicht mehr Gewicht zuzumessen als erforderlich, ansonsten schadet dies der Ermittlungsarbeit massiv, und das Ziel der StPO - nämlich die Durchsetzung des materiellen Rechts und mithin die Stärkung der objektiven Sicherheit - wird untergraben.

Neben dem Anliegen, die Rechte der Beschuldigten rechtsstaatlich korrekt einzudämmen, gilt es auch die Opferrechte massiv auszubauen. Sofern die Revisionspunkte die Stellung der Opfer nur marginal verbessern, für die Strafverfolgungsbehörden jedoch eine Verkompli-

zierung und einen weiteren Mehraufwand bedeuten, steht die KKPKS den Änderungen ablehnend gegenüber.

Generell ist bei der Revision der StPO darauf zu achten, dass keine zusätzlichen Kosten ausgelöst und die Verfahren nicht unnötig verlängert werden (z.B. Verschriftung von Einvernahmen bei Vorliegen von Ton- und Bildaufnahmen). Die StPO soll ein griffiges Werkzeug darstellen, um das Strafverfahren fair, straff, effizient und auch kostengünstig durchführen zu können. Andernfalls laufen wir Gefahr, einer Zweiklassenjustiz Vorschub zu leisten, bei welcher nicht mehr die Suche der materiellen Wahrheit und ein rechtstaatliches Verfahren im Zentrum stehen, sondern die Frage, ob die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel (Budgets) ausreichen, einen Fall an die Hand zu nehmen.

II. Anträge und Bemerkungen

2.1 Strafprozessordnung

Die folgenden Ausführungen umfassen einerseits Vorschläge für neue Bestimmungen sowie zur Anpassung oder Ergänzung bestehender Bestimmungen der StPO, welche nicht Gegenstand des Revisionsentwurfs gemäss Bundesrat sind. Andererseits sind Forderungen und Bemerkungen zu den konkreten Revisionsvorschlägen des Bundesrats enthalten.

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

Keine Bemerkungen.

Art. 78 und 78a Protokollierung und Aufzeichnung von Einvernahmen

Es ist richtig, die Möglichkeit der technischen Aufzeichnung unter gleichzeitiger Befreiung von der Pflicht fortlaufender Protokollierung nicht mehr auf das Hauptverfahren zu beschränken. Die neue Regelung hat zum Vorteil, dass auch im Vorverfahren Aufzeichnungen erfolgen können. In Ausnahmefällen wird dies auch schon heute gemacht. Fraglich ist jedoch, ob eine nachträgliche Erstellung eines Protokolls aus den Aufzeichnungen tatsächlich in jedem Fall sinnvoll und praktikabel ist. Wichtig erscheint uns, dass nachträglich kein Wortprotokoll erstellt werden muss. Grundsätzlich sollte es ausreichen, nur die Kernaussagen der Einvernahme zu verschriften.

Art. 82 Abs. 1 Bst. b Begründungspflicht

Einverstanden. Urteile, in denen eine Behandlung nach Art. 59 StGB angeordnet wird, sollen immer begründet sein.

Art. 88 Abs. 4 Öffentliche Bekanntmachung

Einverstanden. Für Strafbefehle, die nicht zugestellt werden können, sollen die gleichen Regeln der Veröffentlichung gelten wie für Urteile oder andere Entscheide.

Art. 118bis Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern (NEU)

Zumindest in grossen Wirtschaftsstraffällen mit mehreren hundert oder über tausend Beschwerdeführern (z.B. Fall Behring) - vielfach mit Wohnsitz im Ausland - entstehen bei den Strafverfolgungsbehörden und beim Gericht grosse Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit den Privatklägern und vor allem die Gewährung all ihrer Verfahrensrechte (in jedem Verfahrensstadium) lösen einen sehr grossen Arbeitsaufwand aus. Er steht in keinem Verhältnis zur Ausübung dieser Verfahrensrechte und verzögert das Verfahren stark. Es sind jeweils

alle Privatkläger zu bedienen, obschon sich nur ganz wenige über das Geltend machen ihres finanziellen Anspruchs hinaus am Verfahren beteiligen.

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

Art. 123 Zeitpunkt der Bezifferung und Begründung der Zivilklage

Befürchtet wird, dass der Arbeitsaufwand für die Polizei weiter zunimmt, wenn die Zivilansprüche bereits im Vorverfahren beziffert werden müssen (Abklärungen im Zusammenhang mit Sachbeschädigung; Rechnungen erheben, Dokumente einfordern, Nachtragsrapporte verfassen etc.).

Art. 126 Abs. 2 Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren

Die zur vorgeschlagenen Änderung in Art. 123 StPO gemachten Bemerkungen gelten auch hier: Wiederum dürfte sich ein erheblicher Mehraufwand für die Polizei ergeben.

Art. 131 Abs. 3 Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung

Nicht einverstanden. Die Frage, ob die Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führen, dass die Einvernahme ungültig wird oder nicht verwertbar, ist ein rechtspolitischer Entscheid, nämlich derjenige zwischen absoluter Unverwertbarkeit oder relativer Unverwertbarkeit mangelbehafteter Beweismittel. Diese Unklarheit zwischen den Gesetzestexten muss nach Ansicht der KKPKS entgegen der Auffassung des BJ zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit (Art. 141 Abs. 2 StPO) aufgelöst werden. Es soll weiterhin eine Güterabwägung erfolgen und keine automatische Ungültigkeit eintreten.

Art. 133 Bestellung der amtlichen Verteidigung

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

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

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

Art. 141 Abs. 4 Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

Einverstanden. Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots auch für Abs. 1 von Art. 141 StPO

Art. 147 und Art. 147a Teilnahmerechte der Parteien, Ausnahmen vom Teilnahmerecht der Parteien

Begrüsst wird, dass das Bedürfnis der Strafverfolgungsbehörden nach Einschränkung des Teilnahmerechts gehört worden ist. Hinsichtlich der materiellen Wahrheitsfindung vertritt die KKPKS jedoch nach wie vor die Meinung, dass die Teilnahmerechte auf das Niveau der Garantie des Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK festzulegen sind. Danach hat der Beschuldigte das Recht, wenigstens einmal im Verfahren an Belastungszeugen (auch Mitbeschuldigte) Fragen zu stellen. Der vom BJ geäußerten Ansicht, die EMRK Regelung sei zu stark zu Gunsten der Strafverfolgungsbehörden ausgefallen, kann nicht gefolgt werden. Entsprechend ist die KKPKS der Ansicht, dass generell auf ein Teilnahmerecht des Beschuldigten (analog Art. 101 Abs. 1 StPO) vor dessen erster staatsanwaltlichen Einvernahme zu verzichten ist. Für eine solche Einschränkung spricht auch die Kohärenz mit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts.

Ausdrücklich begrüsst wird, dass der Ausschluss auch für die Verteidigung gilt.

Art. 210 Abs. 2 und Abs. 4 Ausschreiben von Deliktsgut

Keine Bemerkungen zu Absatz 2.

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

Art. 211 Internetfahndung

Die KKPKS fordert eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Internetfahndungen nach der Empfehlung der SSK.

Art. 221 Voraussetzungen für Untersuchungshaft

Einverstanden mit Beschränkung des Vortaterfordernisses auf *eine* Straftat, sofern es sich dabei um ein Verbrechen oder schweres Vergehen handelt. Einverstanden auch mit der redaktionellen Anpassung, wonach "schwer" sich auf Vergehen bezieht (BGE 137 IV 84).

Art. 222 Abs. 2 Rechtsmittel gegen Haftentscheide des ZMG

Einverstanden. Gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach gegen Entscheide des ZMG über die Untersuchungs- und Sicherheitshaft, auch die Staatsanwaltschaft - und nicht nur die beschuldigte Person - Beschwerde führen kann.

Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 Siegelung

Einverstanden. Zu prüfen ist, ob die materiellen Voraussetzungen zur Geltendmachung einer Siegelung einzuschränken sind.

Art. 255 DNA-Analysen – Voraussetzungen im Allgemeinen

Aus Sicht der KKPKS stellen die rudimentären gesetzlichen Grundlagen zu Erkennungsdienstlichen Erfassung sowie der Abnahme einer WSA bzw. Auswertung eines DNA-Profiles

ein gravierenderes Problem dar. Der Gesetzestext in der StPO (Art. 260ff. sowie 255 ff.) bezieht sich *explizit* nur auf jene Fälle, in welchen Dakty oder DNA-Spuren bei der Tat vorhanden sind, auf welche sich der Tatverdacht bezieht (sog. Anlasstat).

Bei der Ausarbeitung der StPO war jedoch nie die Rede davon, den damaligen Status Quo (gemäss den kant. StPO, DNA-Profilgesetz sowie Rechtsprechung des Bundesgerichtes) zu ändern. Dementsprechend hat das Bundesgericht – zumindest anfangs - auch nach Inkrafttreten der StPO an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach die Erfassung eines DNA-Profiles auch zulässig ist, wenn "eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Betroffene in andere – auch künftige – Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte" (Urteil 1B57/2013 vom 2.7.2013 E. 2.3 und 3.2).

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

Damit bestätigt sich leider die von VOSER bereits 2008 geäußerte Befürchtung, dass die rudimentäre gesetzliche Regelung zu einer einschränkenden Auslegung führen könnte (vgl. VOSER, Polizeiliche Ermittlung, VSCK-Handbuch, Zürich 2008, S. 371).

Die aus Sicht der Strafverfolgung absolut untragbare Konsequenz dieser Rechtsprechung ist diejenige, dass ein Einbrecher (selbst wenn er keinen Wohnsitz in der Schweiz hat), der in flagranti angehalten wird, nicht mehr mit der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) rechnen muss. Zur Klärung der Anlasstat ist nämlich die DNA des Täters nicht erforderlich – er wurde ja in flagranti angehalten und ist für diese Tat "überführt". Dies im Gegensatz zum Täter, welcher erst nach der Tat bspw. auf Hinweis von Zeugen angehalten wird. In diesen Fällen ist die WSA-Abnahme und DNA-Profil Auswertung in der Regel unproblematisch. Eine derartige Ungleichbehandlung erscheint jedoch wenig logisch, insbesondere da in aller Regel der Täterschaft in beiden Konstellationen weitere Delikte zugeordnet werden könnten.

Aus diesem Grund fordert die KKPks mit Nachdruck die Revision von Art. 255 StPO. Dieser ist in dem Sinne zu ergänzen, dass die Abnahme des WSA auch dann möglich ist, wenn eine "gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte." Die heutige untragbare Praxis wird ansonsten unweigerlich eine signifikante Abnahme der Aufklärungsquote nach sich ziehen.

Ein weiteres Anliegen der KKPks ist die Neu Beurteilung der Anordnungs kompetenz bezüglich der Profilauswertung nach einer WSA-Abnahme. Vor Einführung der StPO lag die Anordnungs kompetenz bei der Polizei. Unter dem Aspekt der Praxistauglichkeit sollte die Polizei die Erstellung eines DNA-Profiles wiederum selbst anordnen können. Weigert sich die betroffene Person, kann sodann die Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben.

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

Einverstanden mit der Aufnahme der beiden Tatbestände von Artikel 226bis StGB (Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen) sowie Artikel 226ter StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) in die Deliktskataloge.

Die Kataloge sind jedoch mit weiteren Artikeln zu ergänzen. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm (als Übergangsbestimmung bis Art. 260^{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 Datenhacking können eine Dimension schädigender Auswirkungen erreichen, welche sich der Gesetzgeber bei der Revision der „Computer-Delikte“ 1994 nicht vorstellen konnte.

Im Weiteren ist der Katalog der verdeckten Ermittlung (Art. 286 Abs. 2 Bst. a) zu ergänzen in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie). Die Einschränkung auf die Absätze 3-5 führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornographische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt (typisch hier Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtsteil), die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können. Derartige Handlung zeigen jedoch ein gefährliches Potential für weitere gravierende strafbare Handlungen im Bereich von sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und müssen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnen, die Person möglichst rasch ausfindig zu machen.

Art. 288 Zusicherung der Anonymität für Interventionseinheiten

In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, welche im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität, Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr einsetzbar zu sein. Angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass sie und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Es ist deshalb ein grosses Bedürfnis, Mitarbeitende von Interventionseinheiten mittels Gewährung der Anonymität analog zu Art. 288 Abs. 2 im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu schützen. Das heisst bspw., dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben und von den Hauptakten separiert und nicht parteiöffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind. Dies analog dem Beispiel anderer europäischer Länder (bspw. Frankreich und Belgien).

Art. 294 Sachüberschrift, Ausweitung im Bereich Kinderpornografie (NEU)

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

Vorgeschlagen wird deshalb, Artikel 294 um einen weiteren Absatz zu ergänzen und die Sachüberschrift weiter zu fassen (Verzicht auf Eingrenzung auf BetmG).

Art. 301 Strafanzeige, Kopie einer mündlich eingereichten Strafanzeige für das Opfer
Aus Sicht der KKPKS besteht hier kein Revisionsbedarf.

Art. 318 Abs. 1^{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 erscheinen als genügend. Zusätzliche Regelungen führen zu einer Verkomplizierung und dadurch einer Verlangsamung sowie Verteuerung der Verfahren, was sicherlich nicht im Sinne der Opfer sein kann.

Art. 353 Abs. 2 Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehl

Einverstanden: Die Möglichkeit, Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren zu beurteilen, ist im Interesse einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise (d.h. unter Berücksichtigung der Ziviljustiz) und im berechtigten Interesse der Strafkörper und letztlich des Rechtsfriedens zu begrüssen. Für die Zusammenstellung der Forderungen wird jedoch eine Mehrbelastung bei der Polizei erwartet (vgl. Art. 123 und Art. 126). Begrüssst wird deshalb die vorgeschlagene betragsmässige Begrenzung für ausgewiesene Zivilforderungen.

Art. 354 Abs. 1-1ter Einsprache

Der Art. 354 Abs. 1ter lit. b sieht für den Fall der schriftlichen Eröffnung des Strafbefehls eine längere Einsprachefrist von 20 Tagen vor, was die KKPKS klar ablehnt. Vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel (Kriminaltouristen) ist eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können.

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

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

2.2 Änderungen im Jugendstrafgesetz

Keine Bemerkungen.

2.3 Jugendstrafprozessordnung

Keine Bemerkungen.

2.4 Bundesgerichtsgesetz

Keine Bemerkungen.

2.5 Strafbehördenorganisationsgesetz

Keine Bemerkungen.

2.6 Opferhilfegesetz

Art. 8a Befreiung der Entschädigungs-/Genugtuungsbehörden von einer Anzeigepflicht

Wir verweisen auf unsere eingangs gemachten grundlegenden Anmerkungen zur Frage der Stellung des Opfers im Verfahren.

2.7 Rechtshilfegesetz (IRSG)

Keine Bemerkungen.

Die KKPKS dankt für die Berücksichtigung ihrer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Der Präsident



Dr. Stefan Blättler

Verteiler

- Mitglieder KKPKS



Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

Schaffhausen, 12. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 1. Dezember 2017 haben Sie in dieser Angelegenheit das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Angesichts der Bedeutung der Sache für die Gerichte reichen wir Ihnen hiermit eine eigene Stellungnahme ein. Soweit wir uns im Folgenden nicht äussern, haben wir keine speziellen Bemerkungen zu den Änderungsvorschlägen.

Allgemeines

Nach Ihrem Einladungsschreiben soll die StPO nur punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen erfahren, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen führt. Entsprechend diesem Grundanliegen ist Zurückhaltung geboten bei der Umsetzung weitergehender Empfehlungen (etwa aufgrund der Evaluation des OHG) oder bei der Berücksichtigung allgemeiner Kritik aus der Lehre zu Bestimmungen, deren Anwendung bisher keine Schwierigkeiten geboten hat.

Art. 82 StPO

Gegen die vorgeschlagene Änderung von Art. 82 Abs. 1 lit. b StPO ist nichts einzuwenden. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen drängt sich aber eine *weitere Änderung* von Art. 82 StPO auf. Nach der geltenden Fassung kann nur das *erstinstanzliche* Gericht gegebenenfalls auf eine schriftliche Begründung verzichten (Art. 82 Abs. 1 Einleitung StPO). Das

zweitinstanzliche Gericht muss dagegen sein Urteil in jedem Fall schriftlich begründen, und zwar in einer Ausführlichkeit, die im Fall einer Beschwerde vor Bundesgericht bestehen kann. Das bedeutet für die oberen kantonalen Gerichte einen *erheblichen Mehraufwand*, der sich auch mit Blick auf die bei der Schaffung dieser Differenzierung angegebenen Gründe nicht rechtfertigt. Immerhin steht es den Parteien frei, *nachträglich* eine Begründung zu verlangen (Art. 82 Abs. 2 lit. a StPO). Die Möglichkeit, auf eine schriftliche Begründung zunächst zu *verzichten*, ist daher nicht nur den erstinstanzlichen, sondern auch den oberen kantonalen Gerichten zuzugestehen. Eine entsprechende kantonale Regelung vor Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung hatte zu keinen Problemen geführt.

Art. 123 Abs. 2 StPO

Die Zielrichtung, dass die Zivilklage früher beziffert und begründet werden soll, ist richtig. Bezifferung und Begründung müssen jedoch nicht gleichzeitig erfolgen, zumal sich insbesondere bei Körperverletzungen auch Veränderungen ergeben können. Wichtig und richtig ist, dass von der Zivilklägerschaft verlangt wird, die Zivilklage spätestens bis zum Abschluss der Untersuchung zu beziffern, d.h. das Rechtsbegehren zu stellen (Änderung des Rechtsbegehrens nur noch unter den Voraussetzungen der Klageänderung bei zulässigen Noven) und die *notwendigen Beweismittel* zur Begründung der Zivilklage einzureichen (z.B. Rechnungen für Schadensbehebung, Arztzeugnisse zur Bemessung der Genugtuung). Die eigentliche Klagebegründung könnte wie bisher im Parteivortrag erfolgen, allfällige zulässige echte und unechte Noven könnten wie im Zivilprozess (Art. 229 ZPO) ausnahmsweise auch nachher noch berücksichtigt werden. Das Gesetz könnte daher beispielsweise wie folgt angepasst werden:

Art. 123 Bezifferung und Begründung

¹ Die in der Zivilklage geltend gemachte Forderung ist nach Möglichkeit in der Erklärung nach Artikel 119, *spätestens aber bis zum Abschluss der Untersuchung*, zu beziffern und, unter Angabe der angerufenen Beweismittel, kurz schriftlich zu begründen.

² *Neue Beweismittel, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher angerufen werden konnten, können noch bis zum Beginn der Hauptverhandlung vorgebracht werden. Ergänzungen der Begründung haben spätestens im Parteivortrag zu erfolgen.*

Art. 131 Abs. 2 StPO

Nur die *Untersuchung* wird gegebenenfalls formell eröffnet (Art. 309 StPO). Das *Vorverfahren* als solches wird dagegen nicht formell eingeleitet. Auf die Nennung dieses Begriffs als massgebenden Zeitpunkt sollte daher verzichtet und die Bestimmung verallgemeinert bzw. der Hinweis auf die Eröffnung der Untersuchung in Abs. 1 integriert werden.

Art. 133 StPO

Mit der vorgeschlagenen Regelung wird ohne Not in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen; sie ist abzulehnen. Der Umstand, dass "einzelne" (grössere) Kantone

Vorschriften in diesem Sinn kennen mögen (vgl. erläuternden Bericht, S. 22 f., Ziff. 2.1.15), rechtfertigt es nicht, *allen* Kantonen ein derart kompliziertes System vorzuschreiben, das im Ergebnis auch eine *zusätzliche Pikettlösung* nur für die Auswahl der amtlichen Verteidigung erfordert und zu *Mehrkosten* führt. Die schwerfällige Regelung erscheint jedenfalls für kleinere Kantone als nicht praktikabel, insbesondere zur Bestimmung des "Anwalts der ersten Stunde", etwa im Hinblick auf eine rasche erste Einvernahme zur Vermeidung von Beweisverlusten. Da ohnehin ein allfälliger Wunsch der beschuldigten Person sowie die Eignung der amtlichen Verteidigung für den fraglichen Fall zu eruieren ist (was einer Drittstelle ohne Fallkenntnis kaum möglich ist) und die Verteidigung auch gemäss Bericht (S. 23) gerade nicht (allein) nach dem Zufall bestimmt werden soll, ist nicht ersichtlich, welcher Vorteil mit einer Trennung von Auswahl und Einsetzung der amtlichen Verteidigung verbunden sein könnte. Im Kanton Schaffhausen gibt es vergleichsweise wenige Anwältinnen und Anwälte, die regelmässig für Strafverteidigungen zur Verfügung stehen. Dafür besteht eine Pikettliste, welche die Strafbehörden bei der kurzfristig erforderlichen Einsetzung einer amtlichen Verteidigung (etwa als "Anwalt der ersten Stunde") berücksichtigen. Damit wird allfälligen rechtsstaatlichen Bedenken im Rahmen des Möglichen bereits hinreichend Rechnung getragen. Demgegenüber würde die vorgeschlagene Regelung für den Kanton Schaffhausen zu zusätzlichen Problemen führen, was dem Grundanliegen der Revision, Anwendungsschwierigkeiten zu vermeiden bzw. zu vermindern, widerspricht.

Art. 135 Abs. 1 zweiter Satz StPO

Diese Ergänzung ist abzulehnen. Dem System der amtlichen Verteidigung ist immanent, dass die Entschädigung je nach anwendbarem (kantonalen) Anwaltstarif tiefer sein kann als bei privater (gewillkürter) Verteidigung. Im erläuternden Bericht (S. 24, Ziff. 2.1.16) wird zu Art. 135 Abs. 4 StPO zutreffend darauf hingewiesen, dass die amtliche Verteidigung ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen Verteidigung und Staat begründet und ihre Entschädigung (allenfalls abweichend vom Tarif für gewillkürte Verteidigung) nach einem festen Ansatz oder unabhängig vom Verfahrensausgang bemessen werden kann. Wieso das bei einem Freispruch oder einer Einstellung anders sein sollte und wieso die Höhe der Entschädigung entgegen der erwähnten allgemeinen und richtigen Feststellung dennoch davon abhängen soll, ob es zum Schuldspruch kommt oder nicht, ist unerfindlich. Das widerspricht im Ergebnis dem (gerechtfertigten) Vorschlag, Art. 135 Abs. 4 StPO aufzuheben, und greift zu Unrecht in die Tarifautonomie der Kantone ein. Es wäre auch mit Mehrkosten für die Kantone verbunden.

Art. 136 Abs. 1^{bis} StPO

Dieser Vorschlag ist abzulehnen. Es ist systemwidrig, die unentgeltliche Rechtspflege allein zur Durchsetzung der Strafklage zu gewähren, könnte doch der Entscheid hinsichtlich der

ausgesprochenen Sanktion ohnehin nicht angefochten werden (Art. 382 Abs. 2 StPO). Das Institut der Privatklage hat nichts daran geändert, dass die Strafverfolgung ausschliesslich dem Staat zusteht (im Gegensatz zum früheren kantonalrechtlichen Privatstrafklageverfahren). Aus dem im erläuternden Bericht (S. 25, Ziff. 2.1.17, Fn. 28 und 30) erwähnten bundesgerichtlichen Urteil 1B_355/2012 lässt sich die vorgeschlagene *allgemeine* Erweiterung im Übrigen nicht ableiten. Das Urteil befasste sich einzig mit dem spezifischen, auch völkerrechtlich gebotenen Rechtsschutz für mutmassliche *Opfer staatlicher Gewalt* (vgl. auch Bemerkungen in Pra 2013 Nr. 1, wo die Erweiterung in Bezug gesetzt wird zu den in diesem Fall in Frage stehenden *öffentlichrechtlichen Staatshaftungsansprüchen*, die im Strafverfahren nicht adhäsionsweise durchgesetzt werden können).

Art. 137 StPO

Wir schlagen *zusätzlich* vor, ausdrücklich vorzuschreiben, dass die unentgeltliche Rechtspflege *in jeder Instanz neu* zu beantragen ist (analog zu Art. 119 Abs. 5 ZPO). Diese Angleichung an die zivilprozessualen Regeln rechtfertigt sich, weil es dabei um die Durchsetzung der Zivilansprüche geht (Art. 136 Abs. 1 StPO). Der allgemeine Verweis in der heutigen Fassung von Art. 137 StPO ist diesbezüglich unklar.

Art. 147 Abs. 3 lit. b StPO

Diese Regelung erscheint jedenfalls in ihrer allgemeinen Formulierung als heikel. Sie darf jedenfalls nicht dazu führen, dass erst nachträglich, allenfalls erst im Rechtsmittelverfahren eine Wiederholung der Beweiserhebung verlangt und damit im Ergebnis ein Beweisverwertungsverbot erwirkt werden kann, wenn die getrennte Verfahrensführung seinerzeit nicht angefochten worden ist.

Art. 147a StPO

Der Vorschlag, die Teilnahmerechte der beschuldigten Person einzuschränken, geht in die richtige Richtung. Die Regelung erscheint jedoch als zu offen und unklar; sie sollte nochmals genauer angeschaut werden. Wenn die Ausschlussverfügung der Staatsanwaltschaft nach allgemeinem Grundsatz angefochten werden kann (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO), wird dies im Übrigen zu vermehrten Beschwerden und damit verbundenen Verfahrensverzögerungen führen. Das sollte möglichst verhindert werden.

Art. 228a StPO

Soweit es die Staatsanwaltschaft betrifft, handelt es sich bei der vorgeschlagenen Regelung im Wesentlichen um den Nachvollzug der bundesgerichtlichen Praxis. Hier erscheint die Frist von drei Stunden zur Einreichung einer schriftlich begründeten Beschwerde – noch ohne Kenntnis der schriftlichen Begründung des angefochtenen Entscheids – als zu knapp

bemessen. *Abzulehnen* ist auf jeden Fall die Neuregelung des *Beschwerdeverfahrens* durch Verweis auf Art. 225 und 226 StPO. Während heute zunächst nur unverzüglich über eine allfällige vorsorgliche Haftanordnung zu entscheiden ist (Art. 388 lit. b StPO) und hierfür ein Pikett nur für die Verfahrensleitung gelten muss, müsste neu die (ganze) Beschwerdeinstanz innert 48 Stunden den Hauptentscheid fällen (vgl. erläuternden Bericht, S. 33, Ziff. 2.1.30; Art. 226 Abs. 1 StPO). Zudem müsste grundsätzlich nochmals eine Verhandlung durchgeführt sowie der beschuldigten Person und der Verteidigung gegebenenfalls nochmals Akteneinsicht gewährt werden (Art. 225 Abs. 1 und 2 StPO). Mit andern Worten: Die Beschwerdeinstanz als Rechtsmittelinstanz wäre den Regeln eines *erstinstanzlichen* Gerichts unterworfen, obwohl mit dem Zwangsmassnahmengericht bereits ein Gericht geurteilt hat. Dafür müsste eine umfassende Pikettlösung bereitgestellt werden. Das ist zumindest für kleinere Kantone wie den Kanton Schaffhausen schlicht nicht machbar. Art. 228a Abs. 4 StPO würde somit erhebliche neue Schwierigkeiten bei der Anwendung der Strafprozessordnung schaffen. Die Bestimmung widerspricht somit dem Grundanliegen der Revision; es ist darauf zu verzichten. Das Beschwerdeverfahren soll weiterhin den allgemeinen Verfahrensregeln unterliegen, unter Berücksichtigung des generellen Beschleunigungsgebots für Haftsachen (Art. 5 Abs. 2 StPO).

Art. 231–233 StPO

Der Einbezug der Beschwerdeinstanz bzw. von deren Verfahrensleitung ins Berufungsverfahren ist abzulehnen. Auch hier würde die *Beschwerdeinstanz* gleichsam zum *erstinstanzlichen* Zwangsmassnahmengericht. Sie wäre kurzen Entscheidungsfristen unterworfen (was insbesondere auch eine erweiterte Pikettlösung erfordert), obwohl sie den Fall – im Gegensatz zur Verfahrensleitung des Berufungsgerichts – nicht kennt. Im erläuternden Bericht (S. 33, Ziff. 2.1.31) wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht die Personalunion von Haft- und Sachrichter nie beanstandet habe. Die vorgeschlagene Regelung drängt sich daher keineswegs auf. Sie widerspricht vielmehr dem Grundanliegen der Revision (vgl. ergänzend auch oben zu Art. 228a StPO).

Art. 352 StPO

Die Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens gemäss dem vorgeschlagenen Art. 352 Abs. 1^{bis} StPO ist abzulehnen. Im erläuternden Bericht (S. 40, Ziff. 2.1.48) wird dazu erklärt, "offenbar" sei es Opfern von Straftaten "für die persönliche Verarbeitung des Geschehenen" ein Anliegen, dass Straftaten von einem Gericht beurteilt würden. Das ist zwar zu einem gewissen Grad verständlich; die Strafprozessordnung kann aber nicht gleichsam auf ihre therapeutische Wirkung für die Betroffenen ausgerichtet werden. Zudem ist fraglich, ob Opfer tatsächlich stets eine Gerichtsverhandlung wünschen, in der sie oft nochmals einvernommen werden (müssen). Auch im Bericht (S. 41, Ziff. 2.1.48) wird eingeräumt, dass

es Opfer gibt, die kein Interesse an einer öffentlichen Verhandlung oder erneuten Einvernahme haben. Das deckt sich auch mit unseren Erfahrungen. In dieser Situation drängt sich die vorgeschlagene Regelung keineswegs auf. Dass Art. 352 Abs. 3 StPO für diese Fälle eine Grenze von drei Monaten vorsieht, während in Abs. 1^{bis} eine Grenze von vier Monaten vorgesehen ist, dürfte im Übrigen ein redaktionelles Versehen sein. Die Differenzierung ist jedenfalls nicht nachvollziehbar.

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

Die Aufhebung dieser Bestimmungen ist abzulehnen. Sie wäre mit einem Mehraufwand für Staatsanwaltschaft und Gerichte verbunden. Mit den Einschränkungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der mit der Rückzugsfiktion verbundenen Problematik hinreichend Genüge getan.

Art. 360 ff., insbesondere Art. 361 StPO

Beim *abgekürzten Verfahren* schlagen wir *zusätzlich folgende Änderung* vor: Wenn schon vor der Hauptverhandlung ersichtlich ist, dass die Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens nicht erfüllt sind, sollte die Rückweisung bereits in diesem Stadium von der Verfahrensleitung verfügt werden können (analog zum vorgeschlagenen Art. 342 Abs. 1^{bis} lit. a StPO bezüglich der Zweiteilung der Hauptverhandlung). Damit kann im Einzelfall vermieden werden, dass auch in klaren Fällen zunächst die Hauptverhandlung durchgeführt werden muss und das Verfahren unnötig verzögert wird.

Art. 364 Abs. 5 StPO

Auf diese Änderung ist zu verzichten. Es ist fraglich, ob damit die im erläuternden Bericht (S. 46, Ziff. 2.1.54) angesprochene Unklarheit wirklich beseitigt wird. Auch ist nicht ersichtlich, inwieweit die Regeln über das erstinstanzliche Hauptverfahren im Einzelfall mit dem in Art. 365 Abs. 1 StPO vorgegebenen schriftlichen Verfahren (wie im Beschwerdeverfahren) vereinbar sind. Im Übrigen stehen nicht alle nachträglichen Entscheide dem Gericht zu (vgl. Art. 363 Abs. 2 und 3 StPO). Für diese Fälle ist die vorgeschlagene Regelung offensichtlich nicht geeignet.

Art. 364b StPO

Dieser Änderung ist im Grundsatz zuzustimmen. Ist das Verfahren beim Berufungsgericht hängig, sollte jedoch die Haftanordnung analog zum *heutigen* Art. 232 StPO durch die Verfahrensleitung selber getroffen werden können. Der Einbezug der *Beschwerdeinstanz* bedeutet insbesondere für einen kleinen Kanton wie Schaffhausen eine unnötige und ungerechtfertigte Komplizierung. Er widerspricht dem Grundanliegen der Revision, (nur)

praktische Schwierigkeiten zu eliminieren (vgl. auch oben zu Art. 228a und Art. 231–233 StPO). Die vorgeschlagene Regelung (insbesondere Abs. 2) ist entsprechend anzupassen.

Art. 365 Abs. 3 StPO

Diese Regelung ist abzulehnen. Im erläuternden Bericht (S. 48 f., Ziff. 2.1.57) wird darauf hingewiesen, dass sich der überwiegende Teil der Lehre und das Bundesgericht für die *Beschwerde* ausgesprochen haben. In dieser Situation besteht kein Grund, allein aufgrund einer Kritik aus der Lehre (demnach einer Minderheit), d.h. nicht aus spezifischen Praxisüberlegungen, die *Berufung* vorzuschreiben. Wird der nachträgliche Entscheid nicht vom Gericht, sondern etwa von der Staatsanwaltschaft gefällt (vgl. Art. 363 Abs. 2 StPO), kommt ohnehin nur die Beschwerde in Frage.

Art. 377 Abs. 4 dritter Satz StPO

Die vorgeschlagene Regelung ist abzulehnen (vgl. oben zu Art. 365 Abs. 3 StPO).

Art. 389 Abs. 3 StPO

Wir schlagen *zusätzlich* eine Änderung dieser Bestimmung vor. Aufgabe der Rechtsmittelinstanz ist im Strafrecht wie in allen Rechtsbereichen die Überprüfung der Rechtsanwendung und der Würdigung der bestehenden Beweislage durch die Vorinstanzen. In diesem Sinn ist eine erneute Einvernahme von Personen einzuschränken, die in der Untersuchung und vor Vorinstanz bereits mehrfach befragt worden sind. Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sollten im Rechtsmittelverfahren nicht ohne weiteres die Bestimmungen zur Hauptverhandlung anwendbar sein. Primär muss es den Parteien obliegen, die notwendigen Beweisanträge vor der Rechtsmittelinstanz zu stellen. Art. 389 StPO wäre entsprechend zu präzisieren.

Art. 398 Abs. 1 StPO

Die Berufung gegen selbständige nachträgliche Entscheide und selbständige Einziehungsentscheide ist abzulehnen. Das Bundesgericht hat die anfangs umstrittene Rechtslage zugunsten der Beschwerde entschieden. Das Beschwerdeverfahren erscheint denn auch nach wie vor besser geeignet als das grundsätzlich mündliche Berufungsverfahren. Daher besteht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf (vgl. ergänzend oben zu Art. 365 Abs. 3 StPO).

Art. 440 Abs. 2 lit. c und Abs. 4 StPO

Es geht hier, soweit es die gerichtliche Haftprüfung betrifft, generell um (erstinstanzliche) *nachträgliche Entscheide*, nicht um Entscheide im Rahmen eines noch hängigen Gerichtsverfahrens. Daher ist es angezeigt, auch zur Sicherung von Urteilen des Berufungsgerichts

das *Zwangsmassnahmengericht* als zuständig zu erklären. Jedenfalls ist es auch hier nicht sachgerecht, dass die *Beschwerdeinstanz* gegebenenfalls wie ein erstinstanzliches Gericht handeln soll (vgl. zu dieser Problematik ergänzend oben zu Art. 228a und Art. 231–233 StPO).

Art. 80 Abs. 2 dritter Satz BGG

Die *ersatzlose* Aufhebung dieser Bestimmung ist problematisch. Es gibt auch *system-immanente* Ausnahmen vom Grundsatz der "double instance", die weiterhin gerechtfertigt sind. Wenn ein *oberes* kantonales Gericht von Gesetzes wegen als einzige kantonale Instanz entscheidet, etwa bei Anordnungen im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens, muss der Entscheid, allenfalls unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG, weiterhin direkt beim Bundesgericht angefochten werden können (vgl. etwa Art. 40 Abs. 1 am Ende, Art. 59 Abs. 1 lit. b und c sowie für verfahrensleitende Anordnungen im Berufungsverfahren Art. 125 Abs. 2, Art. 186 Abs. 3 und Art. 248 Abs. 3 lit. b StPO).

Freundliche Grüsse

OBERGERICHT DES KANTONS SCHAFFHAUSEN

Präsidentin



Annette Dolge

Leitender Gerichtsschreiber



Beat Sulzberger



Geht auch an annemarie.gasser@bj.admin.ch

Kopie an Kantonsgericht Schaffhausen

Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen

Amt für Justiz und Gemeinden des Kantons Schaffhausen

**ORDRE DES AVOCATS
DE GENÈVE**

MODIFICATION DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

**EXÉCUTION DE LA MOTION 14.3383,
COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL DES ETATS,
ADAPTATION DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE**

TABLE DES MATIERES

A.	PRISE DE POSITION SUR LES MODIFICATIONS PROPOSEES	1
I.	EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENREGISTREMENT DES AUDITIONS PAR DES MOYENS TECHNIQUES	1
II.	ANTICIPATION DU CALCUL ET DE LA MOTIVATION DE L'ACTION CIVILE	2
III.	MOMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DÉFENSE OBLIGATOIRE	3
IV.	DÉSIGNATION ET REVOCATION DU DÉFENSEUR D'OFFICE	4
V.	CONDITIONS D'ASSISTANCE JUDICIAIRE GRATUITE POUR LA PARTIE PLAIGNANTE	7
VI.	PARTICIPATION AUX ACTES DE PROCÉDURE	8
VII.	DROIT DE RECOURS DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE DE DÉTENTION	9
VIII.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ, LA PROCÉDURE ÉTANT PENDANTE PAR-DEVANT LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE	11
IX.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ CONSÉCUTIVE AU JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE	13
X.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ PENDANT LA PROCÉDURE DEVANT LA JURIDICTION D'APPEL	14
XI.	DEMANDE DE LIBÉRATION PENDANT LA PROCÉDURE LA JURIDICTION D'APPEL	15
XII.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ POUR GARANTIR L'EXÉCUTION D'UNE PEINE OU D'UNE MESURE	16
XIII.	ORDONNANCE PENALE : AUDITION OBLIGATOIRE DU PREVENU	17
XIV.	LIMITATION DE L'ORDONNANCE PÉNALE	17
XV.	ORDONNANCE PÉNALE ET PRÉTENTIONS CIVILES	18
XVI.	INTERDICTION DE LA REFORMATIO IN PEJUS	19
XVII.	COMPENSATION DES FRAIS DE PROCÉDURE AVEC LES INDEMNITÉS ET LE TORT MORAL	19
XVIII.	DROIT PÉNAL DES MINEURS	20
B.	PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS SUPPLEMENTAIRES	21
XIX.	RECOURS CONTRE LE REJET PAR LE MINISTERE PUBLIC D'UNE RÉQUISITION DE PREUVES	21
XX.	IMMÉDIATÉTÉ	24
XXI.	PROCÉDURE SIMPLIFIÉE	26
XXII.	PARTIES PLAIGNANTES	28
XXIII.	INDEMNITÉS	30
XXIV.	MÉDIATION PÉNALE	31
C.	CONCLUSIONS	32

A. PRISE DE POSITION SUR LES MODIFICATIONS PROPOSEES

I. EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENREGISTREMENT DES AUDITIONS PAR DES MOYENS TECHNIQUES

1. Aujourd'hui, le code de procédure pénale (ci-après : CPP) oblige l'autorité pénale à dresser un procès-verbal des dépositions séance tenante (art. 78 al. 1 CPP). En principe, à l'issue de l'audition, l'autorité pénale fait relire et signer ce procès-verbal par la personne entendue (art. 78 al. 5 CPP) ; toutefois, un tribunal peut renoncer à la relecture et la signature s'il enregistre les débats et verse l'enregistrement au dossier (art. 78 al. 5^{bis} CPP).
2. L'avant-projet (art. 78a AP-CPP, assorti d'une abrogation de l'art. 78 al. 5^{bis} CPP) propose un élargissement du domaine de l'enregistrement sur deux plans :
 - l'enregistrement versé au dossier permet également de se dispenser de dresser le procès-verbal séance tenante ; il peut l'être, toujours de façon synthétique, à l'issue de l'audience ;
 - la possibilité de tenir un procès-verbal *a posteriori*, de renoncer à le relire et à le faire signer, est également conférée aux autorités de poursuite pénale, dont le ministère public (et non aux seuls tribunaux).
3. L'Ordre des avocats (ci-après : ODA) est favorable à ce que l'enregistrement des débats permette également au tribunal de se dispenser de tenir un procès-verbal séance tenante. Cela réduit le coût des débats pour les parties (puisque la durée du procès serait moindre). Cela étendrait aussi le domaine de l'immédiateté (en réduisant le temps des auditions, cela permet d'entendre davantage de personnes) et en accroîtrait l'efficacité (l'absence de temps morts dus à la dictée – et aux discussions, voire incidents, sur la teneur du procès-verbal – dynamise l'interaction avec la personne entendue, qui, à son tour, favorise la manifestation de la vérité).
4. En revanche, l'ODA est opposé à ce que ces facilités en cas d'enregistrement (établissement du procès-verbal *a posteriori*, absence de relecture et signature) soient étendues aux autorités de poursuite pénale, en particulier au ministère public en charge de l'instruction, nonobstant un *obiter dictum* du Tribunal fédéral (ATF 143 IV 408, consid. 8.3).

En effet, dans la mesure où, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 140 IV 196, consid. 4.4.2), la plus-value de l'audition immédiate par le tribunal réside dans le fait qu'il peut vérifier, non seulement ce que dit la personne entendue, mais également comment elle le dit, la favorisation de l'enregistrement des auditions par le ministère public – donnant au tribunal l'impression qu'il est en mesure d'analyser, sur la base du dossier, comment la personne s'est exprimée, et non seulement ce qu'elle a dit – devrait logiquement aboutir à ce que les tribunaux limitent encore davantage l'immédiateté qu'ils ne le font maintenant.

Cela ne nous paraît pas souhaitable. Le « *comment* » ne relève pas d'une syntaxe des expressions paraverbales que le support de données audiovisuel enregistrerait aussi

fidèlement que le papier consigne le mot. Ce qui est décisif, c'est l'interaction dynamique entre le tribunal et la personne entendue. Le juge doit être acteur des débats et non simple analyste d'un matériau figé, préexistant. L'enregistrement systématique des auditions en procédure préliminaire, que favorise la disposition proposée, est un miroir aux alouettes ; il aurait pour conséquence qu'un succédané imparfait de l'immédiateté fasse encore davantage reculer celle-ci.

5. A cela s'ajoute que la transcription *a posteriori*, synthétique ou verbatim, dont le Rapport explicatif concernant la modification du Code de procédure pénale (ci-après : Rapport) retient à juste titre qu'elle peut être chronophage, entre en conflit avec le principe de célérité et l'accès au dossier. Il s'agit d'éviter que l'instruction, déjà longue, soit ralentie davantage encore parce qu'il faut attendre, avant d'administrer un nouveau moyen de preuve, que les parties aient eu accès aux procès-verbaux de l'audition qui vient de se tenir. A cela s'ajoute qu'une synthèse écrite de la teneur des auditions, qui fait consensus (arbitré par la direction de la procédure) entre les participants à celle-ci, permet au tribunal de se faire plus rapidement une meilleure idée des enjeux et des questions que de volumineuses transcriptions verbatim d'auditions qui peuvent parfois être confuses.
6. Inversement, le procès-verbal synthétique n'est admissible que dans la mesure où il faut l'objet d'un consensus entre tous les participants à l'audience. Un procès-verbal synthétique établi *a posteriori* par le Ministère public recèle le danger d'être influencé, inconsciemment, par le regard que le Ministère public porte sur le fond du dossier. Ce danger est d'autant plus sérieux que c'est ce procès-verbal-là que le tribunal, précisément pour s'éviter une longue et fastidieuse consultation des enregistrements, lira pour se faire une idée de l'affaire. On peut avoir la même crainte vis-à-vis de la juridiction d'appel par rapport au procès-verbal établi *a posteriori* par le tribunal. Par conséquent, si le Conseil fédéral devait suivre l'avant-projet sur le principe de l'art. 78a AP-CPP, il faudrait à tout le moins prévoir que le procès-verbal établi *a posteriori* le soit verbatim (ou « *textuellement* », pour reprendre le terme dont use l'art. 78 al. 3 CPP).
7. En synthèse, principalement, l'ODA s'oppose à l'introduction de l'art. 78a AP-CPP assortie de la suppression de l'art. 78 al. 5^{bis} CPP.

En lieu et place, il propose une modification de l'art. 78 al. 5^{bis} CPP, qui aura désormais la teneur suivante :

« ^{5bis} Si, durant les débats, une audition est enregistrée par des moyens techniques, le tribunal peut renoncer à tenir un procès-verbal séance tenante, à lire le procès-verbal à la personne entendue ou à le lui remettre pour lecture et à le lui faire signer. Les enregistrements doivent être versés au dossier. »

Subsidiairement, il propose que l'art. 78a al. 1 lit. a AP-CPP soit complété par une seconde phrase :

« Dans ce cas, il est établi textuellement. »

II. ANTICIPATION DU CALCUL ET DE LA MOTIVATION DE L'ACTION CIVILE

8. Selon le droit en vigueur, les conclusions civiles doivent être présentées au plus tard durant les plaidoiries tenues pendant les débats (art. 123 al. 2 CPP).

9. Le Rapport a raison de relever :

« Dans la pratique judiciaire quotidienne, il arrive donc souvent que des conclusions civiles soient chiffrées et motivées par de nombreuses preuves et par une documentation volumineuse juste avant, voire durant les débats, ce qui peut mettre en difficulté tant la partie défenderesse que le tribunal, confrontés à de nombreuses preuves et questions de droit civil dont l'examen demande du temps. »

Le risque est donc que, par manque de temps, la défense s'oppose en bloc aux conclusions civiles et le tribunal renvoie la partie plaignante à agir au civil.

10. L'ODA est aussi d'avis qu'il s'impose d'anticiper le dépôt des conclusions civiles, pièces à l'appui, mais estime que le moment proposé par le Rapport, soit à la clôture de l'instruction, est prématuré. En effet, à ce stade, les prétentions civiles ne sont pas toujours déterminables. Si elles le sont, le temps relativement long qui peut s'écouler entre la clôture de l'instruction et l'audience de jugement impliquerait, dans certains dossiers, une importante actualisation desdites prétentions, que le texte de l'avant-projet ne prévoit d'ailleurs pas. Une telle situation entraînerait également un surcroît de travail, dont le coût peut être à la charge de l'État, si la partie plaignante est au bénéfice de l'assistance judiciaire.
11. L'ODA propose que les conclusions civiles soient déposées dans le délai fixé pour formuler les réquisitions de preuves. La question qui se pose alors est celle de savoir si la défense et le ministère public pourraient, en recevant à ce moment-là les conclusions civiles, formuler encore des réquisitions de preuves, alors que le délai pour ce faire est échu. En pratique, les situations où les conclusions civiles imposent des auditions de témoins, voire des actes d'instruction, sont rares. De plus, le délai fixé pour solliciter des réquisitions de preuves est un délai d'ordre ; il est ainsi concevable que, dans la mesure où un délai est ordinairement fixé longtemps avant l'audience de jugement, un second délai soit fixé en relation avec les conclusions civiles.
12. Ainsi, l'art. 123 al. 2 AP-CPP doit être libellé ainsi :

« ² Le calcul et la motivation des conclusions civiles doivent être présentés au plus tard dans le délai fixé par le tribunal aux parties pour présenter et motiver leurs réquisitions de preuves. La partie plaignante peut les actualiser au plus tard à l'ouverture des débats. »

III. MOMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DÉFENSE OBLIGATOIRE

13. Le Rapport relève à juste titre que le libellé de l'art. 131 al. 2 CPP est contradictoire, puisqu'il énonce que *« la défense doit être mise en œuvre après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction »*. Or, la première audition par le ministère public a toujours lieu après l'ouverture de l'instruction. Il s'imposait d'éclaircir cette disposition et le Rapport prévoit que si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre lors de l'ouverture de l'instruction.

14. Pour l'ODA, il faut aller plus loin et prévoir la mise en œuvre de la défense obligatoire déjà lors des interrogatoires de police, cas échéant avant l'intervention du ministère public.
15. L'art. 131 al. 2 AP-CPP doit être remplacé par :
«² Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense soit être mise en œuvre dès la première audition du prévenu. »

IV. DÉSIGNATION ET REVOCATION DU DÉFENSEUR D'OFFICE

16. Selon l'art. 133 CPP, le défenseur d'office est désigné par la direction de la procédure compétente au stade considéré ; dans la plupart des cas, c'est le ministère public qui le désigne lors de la procédure préliminaire.
17. Le Rapport a raison de relever qu'il n'est pas satisfaisant que le ministère public puisse choisir le défenseur de sa partie adverse.
18. L'ODA soutient la proposition du Rapport visant à permettre à « *un organe indépendant de la direction de la procédure* » de choisir le défenseur d'office.
19. La question est de savoir quel doit être cet organe. Le Rapport précise qu'il pourrait s'agir d'une autorité ou d'une organisation privée, comme une association d'avocats.
20. L'ODA estime que le choix du défenseur d'office doit incomber à un organe indépendant, non seulement de la direction de la procédure, mais aussi de toute autorité pénale, voire judiciaire ou en lien avec celle-ci. Il est proposé que cette tâche soit confiée à l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, avec délégation possible.
21. De plus, on ne voit pas pourquoi la direction de la procédure doit continuer à désigner formellement l'avocat et pourquoi cette tâche n'incomberait pas à ladite autorité de surveillance. Cela étant, si la tâche de choisir le défenseur d'office peut être déléguée, par exemple à un ordre des avocats, association privée, celle de le désigner formellement ne peut l'être. En effet, la décision de désignation étant sujette à recours, on conçoit mal un recours contre une décision d'une association privée.
22. Dès lors, le texte de l'art. 133 AP-CPP doit être remplacé par :
«¹ L'autorité de surveillance des avocats du canton concerné choisit et désigne le défenseur d'office. Seule la tâche de le choisir peut être déléguée.

² Lorsqu'elle choisit le défenseur d'office, l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné prend en considération les compétences de celui-ci et, dans la mesure du possible, les souhaits du prévenu. »
23. Il est surprenant que le Rapport n'aborde pas la question de la révocation et du remplacement du défenseur d'office, visés à l'art. 134 CPP, alors que les critiques

émises par le Rapport pour la désignation du défenseur d'office doivent également être faites pour ces cas.

24. Selon l'art. 134 CPP, c'est la direction de la procédure qui révoque le défenseur désigné si
- le motif à l'origine de la défense d'office disparaît ;
 - la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons, par exemple en cas de conflit d'intérêts (KUH/N/JEANNERET, Procédure pénale suisse : approche théorique et mise en œuvre cantonale, Neuchâtel 2010, p. 146 N 65 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_212/2013 du 20 août 2013) ; dans ce cas, un nouvel avocat d'office est désigné.
25. Il y a donc un risque que le ministère public révoque le mandat d'office pour sanctionner le comportement de l'avocat et ses choix de défense. A l'inverse, il pourrait ne pas révoquer un avocat pourtant inefficace, tant il est vrai qu'il peut trouver réaliste et constructive l'attitude de l'avocat qui ne combat pas sa vision du dossier plutôt que de l'imputer à de la paresse, de l'incompétence ou à une complaisance excessive.

Par ailleurs, pour démontrer que la relation de confiance avec son défenseur d'office est gravement perturbée, un prévenu pourrait le critiquer lourdement par un courrier au procureur qui se retrouverait dans la procédure, ce qui pourrait aller à l'encontre de ses intérêts. De plus, si le ministère public devait refuser la révocation, l'avocat commis d'office, critiqué par son client, devrait poursuivre son mandat, ce qui serait particulièrement inconfortable.

26. Dans une affaire genevoise, le ministère public avait révoqué le mandat d'office de l'avocat, au motif qu'il était fréquemment absent et dans l'impossibilité de se faire remplacer et qu'il avait déposé de nombreuses demandes de mise en liberté, persistant à contester les charges pourtant reconnues par les diverses instances saisies ; cette tactique paraissait contraire aux intérêts du prévenu.

Cette affaire est allée jusqu'au Tribunal fédéral qui a tranché dans un arrêt 1B_187/2013 du 4 juillet 2013 (consid. 2.4 et 2.5) :

« L'attitude et les démarches de l'avocat procèdent d'une stratégie de défense dont l'opportunité est certes discutable, mais qui est manifestement voulue et assumée par le prévenu dont la capacité de discernement n'est pas remise en cause. Or, le choix de la conduite de la défense appartient, comme on l'a vu, pour l'essentiel au prévenu et à son avocat (ATF 126 I 194 consid. 3d p. 199), et la partie concernée doit en assumer toutes les conséquences.

En définitive, les reproches adressés au défenseur d'office ne sauraient justifier une révocation du mandat. Dans la mesure où le prévenu est, comme cela paraît être le cas, conscient des conséquences liées à sa stratégie de défense (en particulier: allongement de la procédure, irrecevabilité ou rejet des démarches procédurières, défaut d'indemnisation de l'avocat d'office pour les démarches inutiles), l'on ne saurait considérer que l'attitude du défenseur est assimilable à une carence manifeste, ni qu'une défense effective n'est plus assurée. Il s'agit cependant d'une situation qui est à la limite du tolérable, vu en particulier les diverses absences du défenseur d'office et le retard que

cela entraîne pour la procédure. Sous l'angle de l'art. 134 al. 2 CPP, l'appréciation pourrait à l'avenir être différente si les indisponibilités du recourant persistaient ou si tout autre fait établi permettait de mettre en doute concrètement l'efficacité de la défense du prévenu. »

27. En cas de défense privée, l'autorité compétente pour statuer sur l'existence d'un conflit d'intérêts a varié. Jusqu'à récemment, il s'agissait de l'autorité cantonale de surveillance des avocats ; aujourd'hui, c'est exclusivement le ministère public.

Le revirement a commencé par deux arrêts du Tribunal fédéral du 29 janvier 2013 (1B_611/2012, consid. 2.4 et 1B_613/2012, consid. 2.4), par lesquels il a considéré que le ministère public (Lucerne) pouvait, vu les circonstances de l'espèce (soit la défense de plusieurs coinceps dont l'un pouvait vouloir rejeter la responsabilité sur l'autre et inversement), interdire à un avocat de conseiller et défendre les deux inculpés, sans violer le droit fédéral ou conventionnel.

Le droit fédéral de procédure fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des règles de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit. Partant, puisque la compétence en matière de procédure civile et pénale échoit désormais exclusivement à la Confédération et que l'interdiction de postuler est une décision qui relève de la procédure selon la jurisprudence actuelle (ATF 138 II 162, consid. 2.5.1), il s'agit, pour la doctrine récente, de rendre une décision sur la base du CPP, décision qui ne peut être prise que par l'autorité en charge de la procédure (GRODECKI/JEANDIN, *Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts*, in SJ 2015 II p. 107 ss (127 ss)).

La Chambre pénale de recours du canton de Genève a confirmé cette position (ACPR/586/2015 du 2 novembre 2015, consid. 2.4.) :

« Par conséquent, la compétence du Ministère public pour statuer sur ses questions doit être admise, que le conflit soit abstrait ou concret, car il ne saurait y avoir une double compétence à ce sujet, et la décision querellée modifiée en ce sens, de même que la jurisprudence de la Chambre de céans [...]. »

28. Les conflits d'intérêts surgissant la plupart du temps pendant l'instruction, c'est au procureur, direction de la procédure à ce stade, qu'il incombe de les trancher.

Cette solution n'est pas satisfaisante pour les raisons exposées par le Rapport, en relation avec la nomination d'office et ci-dessus pour la révocation.

De plus, il arrive en pratique que le procureur appelle l'avocat pour l'informer que, selon lui, il y a un conflit d'intérêts, sans pouvoir lui en donner forcément les raisons, ne voulant pas dévoiler le contenu de l'enquête, voire d'une autre procédure.

29. L'art. 134 al. 2 CPP doit être ainsi modifié, afin que la compétence relative à la révocation de l'avocat d'office soit dévolue à l'autorité de surveillance des avocats. Il est inutile que cette disposition prévoit le remplacement de l'avocat d'office ainsi révoqué, puisque si le prévenu n'a plus d'avocat d'office, c'est l'art. 133 al. 1 AP-CPP, tel qu'il a été énoncé ci-dessus qui s'applique.

30. En synthèse, le titre de l'art. 134 CPP doit être modifié en « *Révocation du défenseur d'office* ».

En cas de défense d'office, l'art. 134 al. 2 CPP devient :

« ² Si la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons, notamment en cas de conflit d'intérêts, l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, sur requête de la direction de la procédure, peut révoquer le mandat du défenseur désigné. »

S'agissant de la défense privée, l'art. 129 CPP doit être complété par un al. 3 :

« ³ Si la direction de la procédure considère que l'avocat est face à un conflit d'intérêts, elle peut requérir de l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné d'interdire à l'avocat d'intervenir. »

Une lit. d. doit être ajoutée à l'art. 393 al. 1 CPP :

« d. contre les décisions de l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, en cas de nomination et de révocation du défenseur d'office et, s'il y a une défense privée, en cas de conflit d'intérêts. »

V. CONDITIONS D'ASSISTANCE JUDICIAIRE GRATUITE POUR LA PARTIE PLAIGNANTE

31. L'art. 136 al.1 lit. b. CPP prescrit que l'assistance judiciaire peut être accordée à la partie plaignante indigente, si elle est susceptible d'élever des conclusions civiles qui ne sont pas vouées à l'échec.
32. A juste titre, le Rapport relève une inégalité de traitement entre la partie plaignante susceptible de prendre des conclusions civiles et celle qui est placée dans l'impossibilité d'en élever, par exemple, si le prévenu est policier, auquel cas, seul l'État peut être attaqué.

L'avant-projet prévoit que l'assistance judiciaire est accordée « à la victime si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir » (art. 136 al. 1^{bis} AP-CPP).

33. Or, ce texte introduit une nouvelle inégalité de traitement entre la « victime » au sens de l'art. 116 CPP, laquelle pourrait avoir l'assistance judiciaire et la partie plaignante non victime qui ne pourrait pas y prétendre.

De plus, ce texte ne parle pas d'indigence.

34. Cette proposition contient encore une autre inégalité de traitement entre la partie plaignante qui peut prendre des conclusions civiles et celle qui ne le peut pas. En effet, pour la première, il faut, pour obtenir l'assistance judiciaire, que ses prétentions civiles ne paraissent pas vouées à l'échec, alors que, pour la seconde, il suffit que son intervention permette à sa plainte pénale d'aboutir, condition moins restrictive.
35. Enfin, il y a encore inégalité de traitement et violation du principe de l'égalité des armes entre la partie plaignante qui doit, soit démontrer que son action civile ne paraît pas vouée à l'échec, soit que cela est utile pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir et le prévenu qui ne doit rien démontrer du tout pour être assisté d'un conseil, dans le cas de défense obligatoire.

36. L'ODA s'oppose, dès lors, à l'art. 136 al. 1^{bis} AP-CPP et propose de le remplacer par :

« ^{1bis} *La direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante indigente.* »

VI. PARTICIPATION AUX ACTES DE PROCÉDURE

37. La lecture du Rapport en lien avec la modification de l'art. 147 CPP et l'introduction de l'art. 147a AP-CPP laisse songeur, pour dire le moins, l'avocat praticien.

38. Les « *tactiques* » du ministère public y sont abordées, lequel, consciemment, bafoue le droit élémentaire et absolu des parties de participer à l'administration des preuves en conduisant séparément des procédures pénales qui doivent, en application de l'art. 29 al. 1 lit. b. CPP, être conduites dans une seule et même procédure ; cette disposition n'est pas potestative.

Les « *tactiques* » ne sont pas réprochées par le Rapport, alors même qu'elles ont été sèchement critiquées par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 1B_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.5.) qui, à juste titre, a rappelé que les limitations à ce droit absolu ne peuvent être concevables qu'en application de l'art. 108 CPP ; aucune réforme législative n'est pourtant proposée par le Rapport pour les éradiquer.

39. Le Rapport se propose au contraire de consacrer ces « *tactiques* » et faire en sorte que les conséquences procédurales des violations du droit absolu des parties de participer à l'administration des preuves n'aient pas, ou que très peu, de conséquences pour l'accusation.

40. La répétition d'un acte de procédure (prévue au nouvel al. 3 de l'art. 147 AP-CPP), auquel le ministère public a procédé en scindant les procédures « *pour ne pas devoir accorder [aux prévenus] le droit [d'y] participer, considéré comme trop restrictif et comme entravant la recherche de la vérité* », pour reprendre les termes du Rapport, ne répare rien ou trop peu. Le mal est fait et l'acte de procédure en question a été mené (l'administrer à nouveau s'agissant de l'audition d'un témoin est une gageure) et surtout reste installé au dossier de la procédure que le tribunal verra (l'art. 147 al. 4 CPP restant inchangé).

La consécration des tactiques du ministère public (la formulation de l'art. 147 al. 3 lit. b. AP-CPP est ni plus ni moins une autorisation à scinder les procédures, alors même que la scission des procédures viole l'art. 29 al. 1 lit. b. CPP) et ses entorses au droit élémentaire dont est question ne sont pas acceptables ou désirables, même au motif de la manifestation de la vérité.

Pour l'ODA, la proposition de modification de l'art. 147 CPP n'est pas acceptable.

41. Le nouvel art. 147a CPP est formulé de telle façon qu'à l'intérieur d'une même procédure le droit ici discuté pourra être mis à mal au bon vouloir du ministère public. Il y a en effet presque toujours à craindre que le prévenu adapte ses déclarations à celles de la personne à entendre. Il sera à tout le moins très simple pour le ministère public de le retenir (sans pouvoir être contredit) et ainsi procéder à des actes de procédure sans la participation du prévenu et de son défenseur. Ici aussi, la répétition ultérieure de l'acte

ne répare rien ou très peu. L'enregistrement audiovisuel ne change évidemment rien à cet état des choses. L'al. 3 du nouvel art. 147a AP-CPP donne du reste la très désagréable impression que cet enregistrement audiovisuel est prévu pour justifier le refus du ministère public de procéder à la répétition de l'acte de procédure.

Pour l'ODA, l'introduction de l'art. 147a AP-CPP n'est non plus pas acceptable.

42. A Genève, au-delà de la scission artificielle des procédures, à laquelle le ministère public procède parfois, on constate qu'il charge souvent la police d'administrer des preuves (art. 312 CPP ; en particulier, l'audition de témoins), sans systématiquement lui donner des directives aux fins de s'assurer que l'occasion soit donnée à toutes les parties d'y participer.

Le ministère public semble au demeurant partir du principe que les parties n'ont qu'à demander la répétition de l'administration de la preuve, en application de l'art. 147 al. 3 CPP, si elles l'estiment utile.

Cette pratique contourne l'art. 147 CPP et est, pour des raisons évidentes, préjudiciable aux droits des parties.

43. Il doit être renoncé à l'art. 147 al. 3^{bis} AP-CPP proposé et l'art. 147 al. 3 CPP doit être complété par une troisième phrase :

« *Le droit des parties ne peut être restreint qu'aux conditions de l'art. 108 CPP.* »

VII. DROIT DE RECOURS DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE DE DÉTENTION

Détention pour risque de récidive (art. 221 al. 1 lit. c. AP-CPP)

44. L'ODA ne s'oppose pas à ce que l'on codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la détention pour risque de récidive de la manière proposée par l'avant-projet.

Droit de recours du ministère public (art. 222 al. 2 et 228a AP-CPP)

45. D'une manière générale, l'ODA partage le scepticisme de nombreux auteurs quant au droit de recours du ministère public. Cela étant, la jurisprudence du Tribunal fédéral est fermement établie et un tel recours est cohérent avec l'extension générale du principe du double degré d'instance que consacre l'avant-projet. L'ODA renonce par conséquent à formuler une objection de principe quant à l'existence d'un droit de recours du ministère public en pareille hypothèse.
46. Autre est la question de l'effet suspensif d'un tel recours. Selon l'avant-projet, le recours du ministère public a un effet suspensif automatique. Certes, la durée de la procédure de recours est courte, mais ce système n'en a pas moins pour conséquence que le prévenu reste en détention au-delà de 96h (délai dans lequel le tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC) aura statué, par hypothèse en refusant la mise en détention préventive ou le prolongement de celle-ci) sans approbation judiciaire, ce qui est contraire à la CEDH (HOHL-CHIRAZI, La privation de liberté en procédure pénale suisse : buts et limites, Genève 2016, § 1015 ss). A tout le moins en ce qui concerne la mise en détention, il ne doit pas y

avoir d'effet suspensif automatique, ce qui conduit à la suppression de l'art. 228a al. 1 phr. 2 AP-CPP.

47. La formulation de l'art. 222 al. 2 AP-CPP n'appelle pas de commentaires particuliers.
48. En revanche, l'art. 228a AP-CPP impose plusieurs remarques de forme et de fond.
49. L'al. 1 est rédigé de façon malheureuse, lorsqu'il impose au ministère public de communiquer au TMC le recours qu'il « *forme contre la décision* » immédiatement après la notification de la « *décision de mise en détention* » :
 - d'une part, la décision querellée n'est pas une « *décision de mise en détention* » et c'est d'ailleurs précisément pour cette raison que le ministère public entend recourir à son encontre. Il faut plutôt traduire le terme allemand de « *Haftentscheid* » par « *décision en matière de détention* » ;
 - d'autre part, le recours du ministère public est formé au moyen d'un écrit motivé, conformément à l'al. 2. Ainsi, immédiatement après la notification de la décision, il ne fait qu'« *annoncer son recours* », ce que le Rapport concède d'ailleurs (p. 29).

Par ailleurs, dès lors qu'à l'al. 1 il n'est question que de l'annonce du recours, il faut – dans l'hypothèse où l'on maintiendrait l'idée d'un effet suspensif automatique – reformuler la seconde phrase, afin qu'il soit clair que le prévenu ne demeure en détention que jusqu'au dépôt d'un recours (et non jusqu'à « *la clôture de la procédure de recours* »). Il faut en effet éviter que la loi puisse s'interpréter en ce sens que ce soit l'autorité de recours qui statue si le délai de trois heures pour recourir, prévu à l'al. 2, est respecté ; pendant qu'elle délibère à ce sujet, en effet, le prévenu reste en détention.

50. Les al. 1 et 2 de l'art. 228a AP-CPP sont par ailleurs imprécis lorsqu'ils énoncent que cette annonce doit intervenir « *immédiatement après la notification* », respectivement « *dans les trois heures suivant la notification* » de la décision. La notification au prévenu, puis au ministère public, peut en effet intervenir de manière échelonnée, surtout si celui-ci n'assiste pas aux débats. Il n'est pas tolérable que le prévenu reste un jour de plus en détention, parce que la notification au ministère public qui était absent à l'audience, intervient le lendemain de la décision emportant refus de mise en détention ou libération provisoire.

Cela met en évidence un second problème lorsque la décision est notifiée de façon écrite, en raison de l'absence des parties (art. 226 al. 1 phr. 2 CPP). Le moment précis de la notification peut faire débat lorsque des écrits, même recommandés, sont remis par la poste, parce que le facteur n'inscrit pas nécessairement l'heure à laquelle le recommandé est remis, ou que le recommandé peut être mis dans une case postale.

51. L'ODA préconise de faire précéder les quatre alinéas de l'art. 228a AP-CPP par un alinéa précisant que toute décision du TMC en matière de détention sujette à recours du ministère public doit faire l'objet d'une notification motivée à celui-ci, qui consigne l'heure à laquelle elle est intervenue. L'impératif de célérité en la matière commande que ces questions, somme toute d'ordre pratique, soient expressément prévues par la loi.

52. Toujours en ce qui concerne le délai, le texte français de l'art. 228a AP-CPP précise que le ministère public « adresse » le recours au TMC dans les trois heures. A rigueur de texte, une expédition par courrier B en temps utile suffirait ainsi à sauvegarder le délai. En harmonie avec les textes allemand (« *einreichen* ») et italien (« *inoltrare* »), il convient de requérir que le ministère public « dépose » le recours au TMC dans les trois heures.

Il faut par ailleurs ajouter une seconde phrase à cet alinéa – dans l'hypothèse où l'on maintiendrait l'idée d'un effet suspensif automatique – prévoyant qu'une fois le recours déposé, le prévenu demeure en détention jusqu'à la clôture de la procédure de recours.

53. Sur l'art. 228a al. 4 AP-CPP, l'ODA est favorable à l'application par analogie des art. 225 et 226 CPP à la procédure devant l'autorité de recours dans tous les cas de figure, soit non seulement en cas de refus de mise en détention, mais également en cas de refus de prolongation ou d'admission d'une demande de libération provisoire. Tout au plus pourrait-on relever, sur un plan rédactionnel, que la précision « 226, al. 1 à 5 » n'apparaît pas nécessaire, dès lors que l'art. 226 CPP ne comporte que cinq alinéas de toute façon.
54. Ainsi, l'ODA préconise de formuler l'art. 228a AP-CPP comme suit :

«¹ Les décisions sujettes à recours du ministère public sont notifiées à celui-ci par un moyen permettant leur réception immédiate. La notification mentionne l'heure à laquelle elle est notifiée.

² Lorsque le ministère public entend recourir contre une décision en matière de détention, il doit l'annoncer au tribunal des mesures de contrainte immédiatement après la notification de cette décision, par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal. En pareil cas, le prévenu demeure en détention jusqu'au dépôt du recours.

³ Le ministère public dépose au tribunal des mesures de contrainte un recours motivé par écrit à l'intention de l'autorité de recours dans les trois heures suivant la notification de la décision. En pareil cas, le prévenu demeure en détention jusqu'à la clôture de la procédure de recours.

⁴ Le tribunal des mesures de contrainte transmet immédiatement le recours et les motifs de la décision à l'autorité de recours avec le dossier.

⁵ Les art. 225 et 226 s'appliquent par analogie à la procédure devant l'autorité de recours. »

VIII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ, LA PROCÉDURE ÉTANT PENDANTE PAR-DEVANT LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

55. En l'état actuel du CPP, lorsque le prévenu est en détention pour des motifs de sûreté (art. 230 al. 3 et 4 CPP) :

- les demandes de prolongation de la détention (limitée à trois mois en principe, avec possibilité d'extension à six mois dans les cas exceptionnels, à l'instar de la détention provisoire (ATF 139 IV 186, consid. 2.2) sont adressées au TMC qui statue ;

- les demandes de libération sont adressées au tribunal de première instance (ci-après : tribunal) qui :
 - ordonne la libération ;
 - transmet la demande au TMC s'il n'entend pas y donner suite ;
- le tribunal peut aussi spontanément ordonner la libération provisoire avec l'accord du ministère public ; à défaut d'accord, le tribunal transmet le cas au TMC.

56. Selon le Rapport, cette situation crée un risque d'apparence de prévention : le prévenu peut estimer que le tribunal, qui transmet le dossier au TMC, parce qu'il n'entend pas donner une suite favorable à la demande de libération, a déjà révélé un regard défavorable sur le fond du dossier ; la partie plaignante peut estimer que le tribunal, qui a ordonné la libération sur demande du prévenu, voire spontanément (avec l'accord du ministère public), a trahi une faveur au prévenu augurant mal du traitement de ses prétentions sur le fond.

L'avant-projet propose, en guise de remède, de retirer au tribunal tout pouvoir en matière de détention provisoire. Ainsi, il transmettrait systématiquement toute demande de libération provisoire au TMC (art. 230 al. 3 AP-CPP) et, lorsqu'il « *veut libérer le prévenu indépendamment de toute demande* », il inviterait le TMC à statuer à ce sujet (art. 230 al. 4 AP-CPP).

57. Cette réglementation pose plusieurs problèmes :

- le tribunal est réduit à un pur rôle de courroie de transmission : les demandes de mise en liberté sont adressées à la direction de la procédure de ce tribunal (art. 230 al. 1 et 2 CPP), qui transmet ensuite la demande au TMC (art. 230 al. 3 AP-CPP).

Cela dit, malgré le risque de retard, ce rôle peut se justifier, parce que, d'une part, il permet au tribunal d'être immédiatement informé, et, d'autre part, il permet de transmettre le dossier au TMC. Il convient, à l'instar de ce que prévoient les art. 224 al. 2 phr. 2 et 227 al. 2 CPP, de le dire expressément ;

- la réglementation proposée n'est pas un remède adéquat au mal qu'il s'agit de guérir. La partie plaignante qui craint que le tribunal soit prévenu parce qu'il ordonne la libération du prévenu, décèlera aussi une apparence de prévention lorsque ce tribunal transmettra le dossier au TMC, parce qu'il « *veut libérer le prévenu indépendamment de toute demande* ».

La seule solution paraît être terminologique : il faut à tout le moins prévoir que c'est lorsque le tribunal « *estime qu'un réexamen de la détention se justifie* » qu'il peut spontanément saisir le TMC ;

- en l'état du droit, le tribunal peut arrêter le prévenu, l'interroger, puis requérir la mise en détention au TMC, lorsque des motifs de détention apparaissent pour la première fois, alors que la procédure est déjà pendante devant lui (art. 229 al. 2

CPP). Pour éviter tout risque de prévention, il y a lieu de transférer cette compétence au TMC également.

58. L'ODA propose donc que les art. 229 et 230 CPP soient reformulés comme suit :

- art. 229 al. 2 et 3 AP-CPP :

«² Lorsque les motifs de détention n'apparaissent qu'après le dépôt de l'acte d'accusation, la direction de la procédure du tribunal de première instance communique ces éléments et le dossier au tribunal des mesures de contrainte. Celui-ci fait amener immédiatement le prévenu par la police et l'interroge.

³ S'il ne libère pas immédiatement le prévenu à l'issue de cet interrogatoire, le tribunal des mesures de contrainte poursuit la procédure en appliquant par analogie :

a. les art. 225 et 226, lorsqu'il n'y a pas eu de détention provisoire ou de détention pour des motifs de sûreté préalable ;

b. l'art. 227, lorsqu'il y a eu détention provisoire ou détention pour des motifs de sûreté préalable. »

- art. 230 AP-CPP :

«¹ Durant la procédure de première instance, le prévenu et le ministère public peuvent déposer une demande de libération.

² La demande doit être adressée à la direction de la procédure du tribunal de première instance.

³ La direction de la procédure du tribunal de première instance transmet la demande et le dossier au tribunal des mesures de contrainte pour décision.

⁴ Si la direction de la procédure du tribunal de première instance estime qu'un réexamen de la détention se justifie, elle demande au tribunal des mesures de contrainte de statuer et joint le dossier à sa demande ».

IX. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ CONSÉCUTIVE AU JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

59. L'avant-projet propose de retirer à la direction de la procédure de la juridiction d'appel le pouvoir de statuer sur le maintien en détention provisoire du prévenu, dont le tribunal a ordonné la libération, en raison de l'apparence de prévention que cela peut créer (art. 231 al. 2 AP-CPP).

60. L'ODA appuie le transfert de cette compétence de la direction de la procédure de l'autorité d'appel à l'autorité de recours. En revanche, le détail de la réglementation mérite d'être simplifié.

Quant aux conditions, le texte proposé évoque toujours l'hypothèse où « *le prévenu en détention est acquitté et que le tribunal de première instance ordonne sa mise en liberté* ». Or, il a déjà été jugé – ce qui est d'ailleurs logique – que le ministère public dispose aussi du moyen de droit pour prolonger la détention, lorsque le tribunal ordonne la mise en liberté sans pour autant acquitter le prévenu, par exemple lorsque la détention avant procès excède la durée de la peine prononcée.

61. Cette modification terminologique met aussi en évidence le fait que le moyen de droit instauré par l'art. 231 al. 2 AP-CPP est en réalité un recours contre un ordre de libération provisoire. En se contentant de transférer la compétence pour statuer, sans pour autant toucher à la procédure, l'avant-projet crée une hétérogénéité dans la procédure que doit suivre l'autorité de recours, qui statue selon une procédure différente selon que la décision de mise en liberté est rendue par le TMC ou par le tribunal, et un paradoxe, le prévenu libéré par celui-ci, à l'issue d'un examen au fond, bénéficiant de garanties de procédure moindres (pas d'audience, délai de recours plus long de cinq jours), que celui qui est libéré par le TMC.
62. L'ODA propose de reformuler l'art. 231 al. 2 CPP comme suit :

«² Si le tribunal de première instance ordonne la mise en liberté du prévenu en même temps qu'il rend son jugement, les art. 222 al. 2 et 228a s'appliquent. »

X. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ PENDANT LA PROCÉDURE DEVANT LA JURIDICTION D'APPEL

63. L'avant-projet propose de transférer la compétence pour mettre le prévenu en détention pour des motifs de sûreté, alors que la procédure est déjà pendante devant la juridiction d'appel, de la direction de la procédure de la juridiction d'appel à la direction de la procédure de la juridiction de recours (art. 232 AP-CPP).
64. L'ODA est favorable à ce que la compétence pour arrêter le prévenu soit retirée à la direction de la procédure de la juridiction d'appel.

Il estime en revanche que cette compétence doit être conférée au TMC. Certes, ce tribunal est une autorité de première instance. Elle n'est toutefois pas fonctionnellement subordonnée à la juridiction d'appel ; aucune des décisions de celle-là ne peut être déferée à celle-ci. De plus, il n'y a pas de raison qu'un prévenu, que la direction de la procédure estime devoir placer en détention préventive, perde un degré de juridiction, du simple fait que la procédure est déjà pendante en appel. Si la question du soupçon suffisant est beaucoup plus claire à ce stade, les conditions spéciales de mise en détention sont, par hypothèse, examinées à la lumière de faits nouveaux et, vu l'importance de la liberté individuelle, il importe qu'elles puissent l'être par deux autorités successives statuant avec pleine cognition.

65. Subsidiairement, à supposer que le Conseil fédéral préfère, ce nonobstant, proposer au législateur de conférer à une autorité cantonale supérieure le soin de statuer, en lieu et place de la direction de la procédure de la juridiction d'appel, il faudrait conférer cette compétence à l'autorité de recours et non à la direction de la procédure de l'autorité de recours. D'une part, cette attribution de compétence est contraire au système, dès lors que la direction de la procédure gère typiquement certains aspects procéduraux dans le

contexte d'une procédure pendante devant l'autorité dont elle fait partie (art. 61 à 65, 388 CPP), tandis qu'ici, la direction de la procédure de l'autorité de recours statuerait en-dehors de toute saisine de l'autorité de recours elle-même. D'autre part, dès lors qu'il n'y a pas de double degré d'instance cantonale pour cette décision de mise en détention, mais que la décision est directement rendue par l'autorité précédant le Tribunal fédéral, il se justifie de confier cette compétence à l'autorité qui statuerait, d'habitude, sur recours. Enfin, le souci qui paraît inspirer l'attribution à la direction de la procédure de l'autorité de recours, plutôt qu'à l'autorité de recours elle-même, soit le traitement par un juge unique plutôt que par un tribunal collégial, peut être réglé par les cantons dans le cadre de leurs compétences d'organisation judiciaire, s'ils l'estiment nécessaire.

66. Par ailleurs, l'ODA estime que, pour réduire encore davantage l'apparence de prévention, la juridiction d'appel ne doit pas demander à la direction de la procédure de l'autorité de recours de mettre le prévenu en détention, mais l'informer des éléments qui pourraient justifier la mise en détention.
67. Enfin, dans la mesure où, matériellement, il s'agit de mise en détention, il y a lieu de régler les détails de la procédure, comme le fait l'art. 229 al. 2 et 3 CPP, lorsque des motifs de détention apparaissent au cours de la procédure de première instance. En effet, la procédure proposée (qui reprend la procédure actuelle) est insuffisante au regard du droit d'être entendu du prévenu ; l'autorité de recours ne doit pas pouvoir statuer immédiatement après l'interrogatoire, lorsque le prévenu est amené par la police. Après cet interrogatoire, fait en urgence, le prévenu ou son défenseur doivent pouvoir consulter le dossier, proposer l'administration de preuves « *immédiatement disponibles* », puis s'exprimer en connaissance de cause sur les motifs de détention.
68. Il y a lieu de formuler l'art. 232 al. 1 AP-CPP comme suit :

« ¹ Lorsque les motifs de détention n'apparaissent que pendant la procédure devant la juridiction d'appel, la direction de la procédure de la juridiction d'appel communique ces éléments et le dossier à l'autorité de recours. Celle-ci fait amener immédiatement le prévenu par la police et l'interroge. L'art. 229 al. 3 s'applique par analogie à la suite de la procédure. »

XI. DEMANDE DE LIBÉRATION PENDANT LA PROCÉDURE LA JURIDICTION D'APPEL

69. L'avant-projet propose de transférer de la direction de la procédure de la juridiction d'appel à la direction de la procédure de la juridiction de recours la compétence pour statuer sur les demandes de libération formées, alors que la procédure est pendante devant la juridiction d'appel (art. 233 AP-CPP).
70. L'ODA appuie le retrait de cette compétence à la direction de la procédure de la juridiction d'appel mais estime, pour les raisons citées ci-dessus, qu'il doit intervenir au profit du TMC, subsidiairement de l'autorité de recours elle-même, et non de la direction de la procédure de celle-ci.

Il observe, pour le surplus, que l'avant-projet ne règle pas le cas où la direction de la procédure de la juridiction d'appel estime, spontanément, qu'un réexamen de la

détention pourrait se justifier. Il ne dit pas non plus que le ministère public peut, lui aussi, demander la mise en liberté.

71. L'ODA propose la formulation suivante de l'art. 233 AP-CPP :

«² L'autorité de recours statue sur les demandes de libération pendant la procédure devant la juridiction d'appel. L'art. 230 s'applique par analogie. »

XII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ POUR GARANTIR L'EXÉCUTION D'UNE PEINE OU D'UNE MESURE

72. L'ODA est favorable aux modifications proposées à l'art. 440 AP-CPP.

73. Il estime toutefois que l'al. 4 devrait prescrire l'application par analogie des art. 230 et 233 CPP (et non 230 à 233 CPP) pour les demandes de mise en liberté, les art. 231 et 232 CPP réglant deux hypothèses de mise en détention

74. Par ailleurs, il importe de préciser que le condamné dispose d'un droit de recours et l'autorité d'exécution aussi.

75. L'ODA propose la formulation suivante :

- art. 440 AP-CPP :

«¹ L'autorité d'exécution peut, aux conditions de l'art. 439, al. 3, let. a. à c., ordonner la mise en détention pour des motifs de sûreté du condamné pour garantir l'exécution d'une peine ou d'une mesure.

² Elle défère le cas dans les cinq jours à compter de la mise en détention :

- a. en cas d'ordonnance pénale : au tribunal des mesures de contrainte du for du ministère public qui a rendu cette dernière ;*
- b. en cas de jugement de première instance : au tribunal des mesures de contrainte du for du tribunal de première instance ;*
- c. en cas de jugement de l'autorité d'appel : à la direction de la procédure de l'autorité de recours du for de la juridiction d'appel.*

³ Le tribunal ou la direction de la procédure décide si le condamné doit rester en détention jusqu'au début de l'exécution de la peine ou de la mesure.

⁴ Les art. 230 et 233 s'appliquent par analogie à la compétence en matière de demandes de mise en liberté.

⁵ Les art. 222 et 228a s'appliquent par analogie aux recours. »

XIII. ORDONNANCE PENALE : AUDITION OBLIGATOIRE DU PREVENU

76. L'art. 352a AP-CPP prévoit que le ministère public a l'obligation d'auditionner le prévenu si l'ordonnance pénale a pour conséquence une peine privative de liberté de plus de quatre mois, une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou la révocation du sursis à une peine privative de liberté.
77. L'ODA est convaincu, d'une part, de la nécessité d'auditionner le prévenu quand une ordonnance pénale est envisagée et, d'autre part, que cette obligation ne doit pas être généralisée pour ne pas surcharger le ministère public.
78. Toutefois, l'ODA considère que la limite à quatre mois et à 120 jours-amende est trop élevée, eu égard en particulier au principe fondamental du droit d'être entendu. Il est dès lors proposé une limite à deux mois et à 60 jours-amende.
79. L'art. 352a AP-CPP doit être libellé ainsi :

« Le ministère public auditionne le prévenu si l'ordonnance pénale prévue a pour conséquence :

- a. une peine privative de liberté de plus de deux mois ;*
- b. une peine pécuniaire de plus de 60 jours-amende, ou*
- c. la révocation du sursis à une peine privative de liberté. »*

XIV. LIMITATION DE L'ORDONNANCE PÉNALE

80. Selon l'art. 352 CPP, le ministère public rend une ordonnance pénale si, durant la procédure préliminaire, le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis et que, incluant une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle, il estime suffisante l'une des peines suivantes : amende, peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, peine privative de liberté de six mois au plus.
81. La nouvelle prévoit d'exclure la possibilité pour le ministère public de rendre une ordonnance pénale, si une victime participe à la procédure pénale en qualité de partie plaignante et qu'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou une peine privative de liberté de plus de quatre mois est envisagée.

La motivation de cette modification est que la procédure spéciale de l'ordonnance pénale ne serait pas suffisante pour que certaines victimes puissent se reconstruire. Pour qu'elles puissent surmonter les infractions subies, les auteurs doivent être jugés dans le cadre de la procédure ordinaire, afin qu'elles n'aient pas l'impression qu'on expédie le traitement d'événements qui sont pour elles très graves.

82. L'ODA ne peut adhérer à cette proposition :
- la question de la reconstruction des victimes est éminemment personnelle, de sorte qu'il n'est pas possible de poser une règle générale. Il n'existe pas d'avis

unanime en matière de résilience indiquant que seul un procès permettrait à une victime de se reconstruire ;

- s'il est vrai que certaines victimes souhaitent pouvoir s'exprimer devant un juge du fond et que des débats publics soient tenus, tel n'est pas le cas d'autres victimes, ce que le Rapport retient par ailleurs, puisque les auteurs de l'avant-projet se sont interrogés sur la question de savoir si la procédure ordinaire ne pourrait pas s'appliquer qu'à la demande de la victime ou si on devait lui attribuer un droit d'y renoncer ;
- l'ordonnance pénale n'est, de façon générale, envisagée que pour des infractions d'une gravité relative. Dans ces situations, il y a vraisemblablement plus de victimes qui souhaitent éviter de prolonger la procédure par une audience de jugement ;
- la limite à 120 jours-amende ou à quatre mois de peine privative de liberté est artificielle. Par exemple, un prévenu ayant commis une lésion corporelle simple pour laquelle le ministère public envisage une peine de quatre mois ne pourrait pas bénéficier d'une ordonnance pénale, s'il a un antécédent en la matière et que le ministère public entend fixer une peine de six mois. Or, cette différence de traitement n'a rien à voir avec la victime ;
- le système proposé peut avoir des effets pervers. Par exemple, le ministère public, animé par un souci d'économie de procédure et par le principe de célérité, pourrait être tenté de fixer la peine à quatre mois pour en terminer avec la procédure, alors qu'aujourd'hui il aurait infligé une peine supérieure.

XV. ORDONNANCE PÉNALE ET PRÉTENTIONS CIVILES

83. L'art. 353 al. 2 CPP prescrit que si le prévenu a reconnu des prétentions civiles de la partie plaignante, mention en est faite dans l'ordonnance pénale, ce qui signifie que sans reconnaissance du prévenu, le ministère public ne peut pas le condamner à les régler.
84. L'avant-projet donne cette compétence au ministère public lorsqu'une administration supplémentaire des preuves n'est pas nécessaire et que le montant litigieux n'excède pas CHF 30'000.- (art. 353 al. 2 AP-CPP).
85. L'ODA approuve cette modification qui évitera à la partie plaignante de saisir le tribunal civil, voire renoncer à ses prétentions civiles, eu égard au coût et à la longueur d'une procédure civile.
86. Cela étant, en pratique, les parties ne sont pas informées de l'intention du ministère public de rendre une ordonnance pénale, ce qui a pour conséquence que la partie plaignante pourrait ne pas formuler des prétentions civiles.
87. Il conviendrait par conséquent que le ministère public envoie un avis de prochaine clôture également quand il entend rendre une ordonnance pénale, dans la mesure où il y a une partie plaignante, laquelle devra formuler ses prétentions civiles dans le délai fixé pour solliciter des réquisitions de preuves. La modification de l'art. 318 CPP

s'impose, puisqu'il ne prescrit pas l'obligation d'informer par écrit les parties de son intention de rendre une ordonnance pénale.

Il convient d'ajouter à l'art. 318 CPP, un al. 1^{bis} :

« ^{1bis} *S'il a l'intention de rendre une ordonnance pénale, le ministère public doit en informer les parties s'il y a une partie plaignante, laquelle devra produire ses prétentions civiles dans le délai fixé pour présenter les réquisitions de preuves.* »

XVI. INTERDICTION DE LA *REFORMATIO IN PEJUS*

88. L'art. 391 al. 2 CPP contient l'interdiction de la *reformatio in pejus*, ce qui signifie, comme le relève le Rapport, l'interdiction d'aggraver non seulement la peine mais aussi la faute attribuée à l'auteur.

89. La nouvelle prévoit d'exclure l'interdiction sous l'angle de la faute (art. 391 al. 2 phr. 1 AP-CPP).

La motivation de cette modification réside dans le constat qu'une instance de recours ne peut actuellement pas condamner la personne concernée du fait d'une infraction pour laquelle la peine encourue serait plus élevée que celle prononcée initialement, ni rendre la qualification juridique plus sévère (ce qui impliquerait une sanction plus sévère), alors qu'elle maintient la sanction.

Pour corriger cela, le ministère public doit faire un appel joint, même s'il est satisfait de la sanction prononcée, ce qui entraîne que l'instance de recours a alors la possibilité de prononcer une sanction plus élevée, ce que le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est justement censée empêcher.

90. L'ODA est d'avis qu'il faut rejeter cette proposition. En effet, c'est le ministère public, qui procède à la mise en accusation devant le tribunal, en proposant une qualification juridique des faits. S'il se satisfait de la qualification retenue par l'autorité de jugement au point de ne pas faire d'annonce d'appel et de renoncer à un appel joint, le prévenu doit alors être préservé en cas d'appel de sa part de toute aggravation de sa situation. A défaut, il pourrait renoncer à faire valoir ses droits en raison du risque encouru, bien que l'accusateur public ait renoncé à toute action. Or, le sens de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est justement de garantir au prévenu le droit d'exercer son droit de recours sans craindre d'être puni plus sévèrement.

XVII. COMPENSATION DES FRAIS DE PROCÉDURE AVEC LES INDEMNITÉS ET LE TORT MORAL

91. Selon le droit actuel, les autorités pénales peuvent compenser les créances portant sur des frais de procédure avec les indemnités accordées à la partie débitrice dans la même procédure et avec des valeurs séquestrées (art. 442 al. 4 et 429 al. 1 lit. a. et b. CPP). Une compensation avec des prétentions en réparation du tort moral (art. 429 al. 1 lit. c. CPP) est en revanche exclue (ATF 139 IV 243, consid. 5.).

92. La nouvelle entend autoriser cette compensation (art. 442 al. 4 AP-CPP) pour des raisons d'économie de procédure, soit pour éviter que l'État doive verser des indemnités à la personne condamnée pour ensuite entamer des démarches visant à recouvrer des frais de procédure mis à sa charge. Si le recouvrement n'aboutit pas, ces frais incomberont finalement au contribuable.
93. L'ODA conclut au rejet de cette proposition. L'indemnité pour tort moral concerne essentiellement celle consécutive à une détention injustifiée ou subie dans des conditions illicites. La compensation a ainsi pour but d'éviter que l'État ne verse effectivement la somme due, alors que le prévenu a subi une atteinte à un droit fondamental. Une telle possibilité reviendrait à accorder une forme de tolérance à des conditions de détention intolérables. Il est nécessaire que l'État assume ses responsabilités et l'interdiction de la compensation permet de mettre sur lui une certaine pression financière, utile à la réduction de la problématique.

XVIII. DROIT PÉNAL DES MINEURS

94. L'art. 3 al. 2 DPMIn prévoit que lorsque plusieurs infractions commises avant et après l'âge de 18 ans doivent être jugées en même temps et que les autorités n'ont eu connaissance d'actes commis avant l'âge de 18 ans qu'après l'ouverture d'une procédure pour un acte commis après l'âge de 18 ans, les mesures susceptibles d'être prononcées peuvent l'être tant à raison du droit pénal des mineurs qu'à raison du droit pénal des adultes.
95. La nouvelle prévoit de restreindre la palette des mesures en réservant uniquement celles contenues dans le Code pénal (art. 3 al. 2 AP-CPP).
96. Pour l'ODA cette proposition n'est pas adéquate.

Toute restriction quant à la palette des mesures susceptibles d'être prononcées constitue une violation des principes applicables à la matière, en particulier des principes de proportionnalité et d'individualisation.

Par ailleurs, les conditions posées à des mesures communes varient. Par exemple, le traitement ambulatoire prévu dans le droit pénal des mineurs ne nécessite pas un trouble mental grave (art. 14 DPMIn), alors que tel est le cas en droit pénal des adultes (art. 63 CP). Or, il peut s'avérer qu'un jeune adulte ait besoin d'un traitement ambulatoire sans pour autant souffrir d'un trouble grave. La modification priverait alors l'autorité de jugement d'une mesure pourtant susceptible de prévenir la récidive.

B. PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS SUPPLEMENTAIRES

XIX. RECOURS CONTRE LE REJET PAR LE MINISTERE PUBLIC D'UNE RÉQUISITION DE PREUVES

97. Selon le droit actuel (art. 394 lit. b. CPP), le recours est irrecevable, lorsque le ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions rejette une réquisition de preuves qui peut être réitérée sans préjudice juridique devant le tribunal.
98. Le Message du Conseil fédéral stipule sommairement qu'« *afin de ne pas ralentir le déroulement de la procédure de recours, et en dérogation à la clause générale de l'art. 401, al. 1, let. a, le projet exclut le recours contre le rejet de réquisition de preuves par le ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions si ces propositions peuvent être renouvelées devant le tribunal de première instance (let. b, cf. art. 332, al. 3)* » (FF 2006 1297).
99. Selon le Commentaire romand du CPP, « *la notion de préjudice juridique n'est pas précisée dans le CPP. La doctrine cite des exemples tels que le cas du témoin qui ne pourrait pas être entendu ultérieurement dans la procédure (ou qui ne pourrait l'être que difficilement) ainsi que la situation où une expertise devrait être menée immédiatement en raison des possibles modifications de son objet* » (CR CPP-REMY, art. 394 N 6).
100. S'agissant de la notion de préjudice juridique, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral dispose que « *les décisions relatives à l'administration des preuves ne sont en principe pas de nature à causer un dommage irréparable puisqu'il est normalement possible, à l'occasion d'un recours contre la décision finale, d'obtenir que la preuve refusée à tort soit mise œuvre si elle devait avoir été écartée pour des raisons non pertinentes ou en violation des droits fondamentaux du recourant (ATF 134 III 188, consid. 2.3 p. 191 ; 99 la 437, consid. 1 p. 438). Cette règle comporte toutefois des exceptions. Il en va notamment ainsi lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits décisifs non encore élucidés, ou encore quand la sauvegarde de secrets est en jeu (arrêt 4P.117/1998, du 26 octobre 1998 consid. 1b/bb/aaa, in SJ 1999 I 186)* » (arrêt du Tribunal fédéral 1B_189/2012 du 17 août 2012, consid. 1.2).

Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que « *toute procédure pénale emporte en soi le risque que certaines preuves qui auraient pu être administrées dans la procédure préliminaire puissent ne plus l'être par la suite aux débats. Ce risque ne saurait toutefois conduire à admettre trop largement la recevabilité d'un recours contre un éventuel refus de donner suite à des réquisitions de preuves d'une partie à la procédure pénale (cf. en ce sens, STEPHENSON/THIRIET, op. cit., n. 7, p. 2625). La possibilité de recourir doit ainsi être admise lorsqu'il existe un risque de destruction ou de perte du moyen de preuve. Il doit s'agir d'un risque concret et non d'une simple possibilité théorique, faute de quoi l'exception voulue par le législateur à la possibilité de mettre en cause les décisions relatives à l'administration des preuves à ce stade de la procédure pourrait devenir la règle. La seule crainte abstraite que l'écoulement du temps puisse altérer les moyens de preuve ne suffit pas. Ainsi, le préjudice juridique évoqué à l'art. 394 let. b CPP ne se différencie pas du préjudice irréparable visé à l'art. 93 al. 1 let. a LTF, qui s'entend, en droit pénal, d'un dommage juridique à l'exclusion d'un dommage de pur fait tel l'allongement ou le renchérissement de la procédure.*

La doctrine évoque à cet égard la nécessité d'entendre un témoin très âgé, gravement malade ou qui s'apprête à partir dans un pays lointain définitivement ou pour une longue durée, ou encore celle de procéder à une expertise en raison des possibles altérations ou modifications de son objet (cf. THOMAS MAURER in GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozess-ordnung*, 2008 p. 388; NIKLAUS SCHMID, *Praxiskommentar*, 2009 n. 3 ad art. 294 StPO, p. 760; MARC REMY, *Commentaire CPP*, n. 6 ad art. 394 CPP, p. 1762; PETER ANDREAS KELLER, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2010, n. 3 ad art. 394 StPO, p. 1897; STEPHENSON/THIRIET, *Basler Kommentar*, n. 6, p. 2625; MARK PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht: Grundriss für Studium und Praxis*, 2009, p. 230). Il en va de même lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits non encore élucidés (cf. ATF 101 Ia 161 ; 98 Ib 282 consid. 4 in fine p. 287).

Pour qu'une dérogation à l'irrecevabilité du recours contre un refus de procéder à des actes d'instruction entre en considération, les moyens de preuve invoqués doivent porter sur des faits pertinents. Même si cette condition ne ressort pas expressément du texte de l'art. 394 let. b CPP, elle découle de l'art. 139 al. 2 CPP (cf. STEPHENSON/THIRIET, *Basler Kommentar*, n. 6 p. 2625 » (arrêt du Tribunal fédéral 1B_189/2012 du 17 août 2012, consid. 2.1).

La notion de préjudice juridique est ainsi très restrictive.

La jurisprudence précitée demeure d'actualité et est encore régulièrement citée comme référence dans des arrêts récents (cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral 4A_407/2016 du 7 février 2017).

101. Certes, selon l'art. 343 al. 1 CPP, le tribunal procède à l'administration de nouvelles preuves ou complète les preuves administrées de manière insuffisante.

Théoriquement, ce tribunal peut donc toujours administrer les actes d'instruction sollicités par les parties qui ont été rejetés par le ministère public. Mais c'est un leurre.

102. En effet, la pratique a démontré, depuis 2011, que les réquisitions de preuves nouvelles ne sont que très rarement acceptées par le tribunal, en vertu du principe de l'immédiateté limitée.

En définitive, l'art. 394 lit. b. CPP confère un pouvoir excessivement large au ministère public, compte tenu de l'impossibilité concrète subséquente, pour les parties, de voir leurs réquisitions de preuves favorablement accueillies par le tribunal.

103. Une modification législative s'impose ; un droit de recours contre le refus d'un acte d'instruction par le ministère public doit être prévu.

104. Il n'est en outre pas rare que le tribunal refuse un moyen de preuve, si son administration entraîne une prolongation excessive de la procédure pendante devant lui.

Cela est notamment le cas, lorsqu'une expertise ou une commission rogatoire internationale sont sollicitées, ces moyens de preuve nécessitant *de facto* une suspension de plusieurs semaines, voire plusieurs mois.

En revanche, le temps nécessaire à l'établissement de ces moyens de preuve durant l'instruction préliminaire n'entraînera que rarement une telle suspension, ce temps pouvant être mis à profit pour instruire d'autres aspects du dossier.

105. Par ailleurs, au stade du tribunal, l'art. 343 al. 1 CPP, doit s'appliquer à l'aune de l'art. 350 CPP.

Selon cette dernière disposition, le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation, mais non par l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public.

Le tribunal n'a pas à instruire des faits non retenus dans l'acte d'accusation, de sorte que la pertinence du moyen de preuve s'apprécie au seul regard de l'acte d'accusation soumis.

La preuve sollicitée par une partie doit dès lors être pertinente s'agissant des faits dont le tribunal est saisi et non, le cas échéant, pour démontrer un autre comportement, lequel n'aurait par hypothèse pas été retenu par le ministère public.

A cet égard, il sied de préciser que l'art. 333 CPP (modification et compléments de l'accusation) n'est qu'une faculté offerte au ministère public et que le tribunal ne peut contraindre celui-ci à modifier son accusation.

106. Les parties, y compris la partie plaignante, ont ainsi un intérêt à pouvoir recourir contre le refus d'un moyen de preuve au stade de l'instruction, dans la mesure où elles cherchent à établir un comportement que le ministère public n'entendrait, *a priori*, pas porter devant le tribunal.

107. Au surplus, même en cas d'admission de l'offre de preuve en question, on pourrait alors se heurter à la problématique du temps écoulé depuis les faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et partant, à la « *qualité* » du témoignage requis.

Aussi, l'autorité de jugement, tout en accueillant favorablement l'offre de preuve, pourrait en tirer une force probante toute relative eu égard à l'écoulement du temps, de la précision des déclarations et des souvenirs qui se sont estompés dans l'intervalle.

108. Enfin, les parties ne peuvent s'opposer à une offre de preuve ordonnée par le ministère public (laquelle par exemple serait irrelevante, mais maintiendrait un risque théorique de collusion).

La situation actuelle confère ainsi un pouvoir discrétionnaire au ministère public et viole également le principe de l'égalité des armes

109. Sous l'égide de l'ancien code de procédure genevois, le recours contre le refus d'un acte d'instruction était immédiatement ouvert.

Cette règle était concrétisée à l'art. 190 CPP-GE.

Afin de pallier tout procédé dilatoire, le recours était dépourvu d'effet suspensif automatique (art. 163 CPP-GE), de sorte que la procédure continuait en parallèle du recours traité par la Chambre d'accusation.

Le système mis en œuvre dans le canton de Genève, a fait ses preuves durant des décennies.

Il ne ressort en outre pas des travaux préparatoires du code de procédure pénale unifié, que le recours contre le refus d'un acte d'instruction ait été refusé au motif que celui-ci entraînerait des manœuvres dilatoires des parties.

L'expérience du canton de Genève démontre que des garde-fous, à l'instar de l'absence d'effet suspensif automatique, sont à même de remédier aux éventuelles manœuvres dilatoires des parties.

110. Il sied enfin de relever que certaines décisions quant aux réquisitions de preuves sont déjà susceptibles de recours durant l'instruction, notamment la levée des scellés.

Bien que la composante du préjudice irréparable apparaisse dans cette hypothèse plus flagrante, il faut relever que le prétendu écueil en lien avec des procédés dilatoires n'a pas même été examiné pour admettre pareille possibilité de recourir.

111. Il existe ainsi des arguments juridiques et de fait qui militent en faveur d'une voie de recours à l'encontre des décisions de refus d'une réquisition de preuves.

L'art. 394 lit. b. CPP doit par conséquent être supprimé.

XX. IMMÉDIATÉTÉ

112. Si le CPP a confirmé le principe de l'oralité (art. 66 CPP), il s'est sensiblement distancié du principe de l'immédiateté, tel qu'il était généralement appliqué, en tout cas dans l'ancien code de procédure pénale genevois.

Ainsi, l'art. 343 CPP énonce que le tribunal procède à l'administration de nouvelles preuves ou au complément des preuves administrées de manière insuffisante ou en violation de prescriptions de forme au cours de la procédure préliminaire (al. 1 et 2).

Le tribunal réitère l'administration des preuves qui ont d'ores et déjà été administrées en bonne et due forme au cours de la procédure préliminaire que si une connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement (al. 3).

113. Selon l'art. 331 al. 3 CPP, la direction de la procédure informe les parties des réquisitions de preuves qu'elle a rejetées ; cette décision n'est pas sujette à recours, mais les réquisitions peuvent être présentées à nouveau aux débats.

Ces dispositions sont applicables par analogie à la procédure d'appel, par renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP.

114. Selon l'art. 389 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (al. 1) ; l'administration des preuves du tribunal de première instance n'est répétée (al. 2) que si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes (lit. a), l'administration des preuves était incomplète (lit. b) ou les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (lit. c).

115. L'art. 389 al. 3 CPP prévoit que l'autorité de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours. Cette disposition concrétise la volonté de recherche de la vérité matérielle, pour laquelle l'autorité a un rôle actif à jouer. Les preuves sont nécessaires lorsqu'elles pourraient avoir une influence sur le sort du litige (Message, FF 2006 1294).

116. Ces dispositions laissent un important pouvoir d'appréciation au juge, ce qui n'a pas échappé à la doctrine (PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, Schulthess, 3^{ème} édition, p. 217 N 635 et 636).

« La disposition laisse évidemment une grande marge d'appréciation au tribunal et une place non négligeable à la perpétuation des pratiques locales... »

Il n'est néanmoins pas déraisonnable d'affirmer que, désormais, du moins du point de vue des textes, le centre de gravité du procès pénal s'est considérablement déplacé vers la procédure préliminaire, les débats s'en trouvant réduits d'autant, tant en durée qu'en importance. »

117. A Genève, on constate un certain abus de ce pouvoir d'appréciation, visant à réduire, voire à supprimer, l'immédiateté, au détriment de la manifestation de la vérité et d'une bonne justice.

Cette dérive commence au ministère public qui, même s'il a l'obligation d'instruire à charge et à décharge pendant la procédure préliminaire (art. 6 al. 2 CPP), fait un choix des actes d'instruction à exécuter, en particulier des témoins à entendre, son futur rôle d'accusateur n'étant pas absent de ce choix.

Le problème est qu'à ce stade, comme rappelé ci-dessus, il n'y a pas de recours contre le refus de réquisitions de preuves, sous réserve des rares cas où il y aurait un préjudice juridique (art. 394 lit. b. CPP).

118. Dans la phase de préparation des débats de jugement, la direction de la procédure peut rejeter des réquisitions de preuves des parties, ce qu'elle fait sans retenue ; sa décision n'est pas sujette à recours.

La possibilité de les réitérer à l'ouverture des débats par devant le tribunal ne constitue pas un remède sérieux puisque, la plupart du temps, elles sont rejetées, notamment parce que certaines auditions pourraient impliquer le renvoi de l'audience. Ici encore, il n'y a pas de recours immédiat.

Ces difficultés se retrouvent, de manière plus marquée encore, dans la procédure d'appel. Reste, il est vrai, le Tribunal fédéral...

Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt important en relation avec l'art. 343 al. 3 CPP qui permet la réitération d'un moyen de preuve, même s'il a été administré en bonne et due forme lors de la procédure préliminaire « *lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement* » (arrêt du Tribunal fédéral 6B_970/2013 du 24 juin 2014, consid. 2.1) :

« Seules les preuves essentielles et décisives dont la force probante dépend de l'impression qu'elles donnent doivent être réitérées [...]. S'agissant d'un témoignage,

l'administration de la preuve n'apparaît pas nécessaire uniquement au regard de son contenu (soit ce que dit le témoin), mais bien plutôt lorsque le jugement dépend de manière décisive du comportement du témoin (soit comment il le dit) [...]. »

Arrêt du Tribunal fédéral 6B_683/2015 du 7 avril 2016, consid. 1.1. :

« La connaissance directe d'un moyen de preuve est nécessaire, au sens de l'art. 343 al. 3 CPP, lorsqu'elle est susceptible d'influer sur l'issue de la procédure. Tel est notamment le cas lorsque la force du moyen de preuve dépend de manière décisive de l'impression suscitée lors de sa présentation, par exemple lorsque l'impression directe suscitée par les déclarations d'un témoin est particulièrement décisive, ainsi lorsque cette déposition constitue le seul moyen de preuve direct (déposition contre déposition; [...]). »

119. En conclusion, il conviendrait de préciser, à l'art. 343 al. 3 CPP, ce qu'il faut entendre par « *moyen de preuves [qui] apparaît nécessaire au prononcé du jugement* », en visant en particulier les témoins importants sur les faits, les experts, notamment les psychiatres et les témoins de personnalité (pour mieux trancher la culpabilité, établir l'étendue de la faute et fixer la peine).

XXI. PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

120. La pratique a fait apparaître que l'exigence d'acceptation de l'acte d'accusation par toutes les parties confère à la partie plaignante un droit de veto, sans même avoir l'obligation de le motiver, qui ne se justifie pas toujours. Ainsi, par exemple, la partie plaignante peut refuser l'acte d'accusation au motif (non dévoilé) qu'elle n'est pas satisfaite de la peine ou la mesure, alors même que le code ne lui reconnaît pas d'intérêt juridique pour se prononcer sur ces points (par exemple, l'art. 382 al. 2 CPP). Il s'est également produit que la partie plaignante annonce des prétentions civiles – dommages-intérêts ou indemnités – exorbitantes, dans l'espoir que le prévenu, soucieux d'éviter la publicité du procès ou d'être jugé rapidement, les accepte.

De tels procédés sont au désavantage, non seulement du prévenu, mais aussi des autorités pénales, puisqu'en faisant obstacle à l'exécution de procédures simplifiées, ils contribuent à l'engorgement du rôle.

C'est sans parler des cas où la paralysie de la procédure simplifiée, faute d'accord de la partie plaignante, prolonge le maintien en détention du prévenu, dont le ministère public veut garantir la présence au procès, alors même qu'une peine assortie du sursis complet est en discussion.

121. Partant, l'ODA propose des aménagements qui visent à réaliser un meilleur équilibre entre les intérêts qui s'opposent :

- l'accord de la partie plaignante n'est pas requis pour les art. 326 al. 1 lit. b. à h. et 360 al. 1 lit. b. à e. CPP ;
- le refus de la partie plaignante à la procédure simplifiée doit être motivé.

122. Pour éviter qu'un accord portant sur l'essentiel – soit la culpabilité et les sanctions – ne soit paralysé par un différend subsistant sur des questions accessoires, l'ODA propose

qu'il suffise qu'il y ait un accord de principe sur les prétentions civiles, indemnités et frais pour que le ministère public puisse transmettre un acte d'accusation en procédure simplifiée au tribunal.

L'octroi de cette faculté emporte également nécessité d'adapter les dispositions relatives aux débats (art. 361 al. 3 AP-CPP), puisqu'il faut alors que le tribunal puisse administrer des preuves et les parties plaider sur les points restés litigieux. Il faut également prévoir une faculté d'appel si l'une des parties ne s'accommode pas de la façon dont le tribunal a tranché ces points (art. 362 al. 5 AP-CPP).

123. L'ODA propose ainsi les modifications suivantes :

- art. 360 al. 1 lit. f. AP-CPP :

« le règlement des prétentions de la partie plaignante, à tout le moins en leur principe »

- art. 360 al. 1 lit. g. AP-CPP :

« le règlement des frais et indemnités, à tout le moins en leur principe »

- art. 360 al. 2 AP-CPP :

« Le ministère public notifie l'acte d'accusation aux parties. Celles-ci doivent déclarer dans un délai de dix jours si elles l'acceptent ou si elles le rejettent. L'acceptation est irrévocable. La déclaration de rejet de la partie plaignante est motivée. »

Cette motivation est une condition de recevabilité, si bien qu'un refus non motivé ne fera pas échec à l'envoi de l'acte d'accusation en procédure simplifiée au tribunal.

- art. 360 al. 3 AP-CPP :

« L'acte d'accusation est réputé accepté si la partie plaignante ne l'a pas rejeté par écrit dans le délai imparti, ou si elle le rejette sur des points relevant des art. 326 al. 1 lit. b. à h. ou 360 al. 1 lit. b. à e. »

Combinée avec l'exigence de motivation, cette modification tend à s'assurer que la partie plaignante ne puisse exploiter l'avantage que les autorités pénales et le prévenu peuvent trouver à la procédure simplifiée pour imposer son point de vue sur des aspects sur lesquels elle n'a pas vocation à s'exprimer. Au demeurant, cela codifie la pratique déjà suivie par certains ministères publics.

- art. 361 al. 3 AP-CPP :

« Si nécessaire, il interroge également les autres parties présentes. Si des prétentions civiles, indemnités ou frais sont litigieux, les parties peuvent requérir l'administration de preuves et plaider sur ces points. »

- art. 362 al. 5 AP-CPP :

« En déclarant appel du jugement rendu en procédure simplifiée, une partie peut faire valoir uniquement qu'elle n'accepte pas l'acte d'accusation, que le jugement ne correspond pas à l'acte d'accusation ou attaquer les conclusions civiles, indemnités ou frais. ».

XXII. PARTIES PLAIGNANTES

Frères et sœurs

124. Selon l'art. 116 al. 1 CPP, la victime est le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle.

Selon l'al. 2, on entend par proches de la victime, son conjoint, ses enfants, ses père et mère et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues, liste qui correspond à celle posée à l'art. 1 al. 2 LAVI.

125. Le conjoint, les enfants, le père et la mère ont qualité de proches de par la loi et peuvent se constituer partie plaignante, au sens de l'art. 118 CPP, indépendamment de leurs liens affectifs avec la victime.

126. Quant aux « autres personnes ayant avec elle des liens analogues », il faut pour trancher cette question, examiner les circonstances concrètes, l'intensité du lien entretenu avec la victime et la fréquence des rencontres, preuve incombant à ceux qui allèguent être des proches.

127. Ainsi, les frères et sœurs n'ont pas qualité de proches de par la loi, indépendamment de leurs liens affectifs avec la victime. Leur traitement est surprenant, à la lecture de l'art. 110 al. 1 CP qui les intègre dans les proches ; il y a aussi une insécurité juridique, puisque les proches sont définis différemment au sein de la même loi : art. 116 al. 1 et 121 al. 1 CPP.

128. Peuvent ainsi généralement être considérés comme des proches de la victime, le concubin, le partenaire enregistré, les petits-enfants qui ont été élevés par leurs grands-parents, voire une relation d'amitié ou fraternelle très étroite.

S'agissant des frères et sœurs, la jurisprudence est plutôt restrictive, ce d'autant plus s'ils ne vivaient plus avec la victime au moment de son décès. Si tel n'est pas le cas, il faut démontrer des contacts très étroits, seuls susceptibles d'occasionner des souffrances morales exceptionnelles.

129. Le statut juridique des frères et sœurs est choquant car ils pourraient ne pas être acceptés comme partie plaignante, alors qu'ils ont des liens de sang et peuvent avoir des relations plus étroites avec la victime que celle-ci n'avait avec ses parents.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral a rejeté un recours déniaut aux sœurs de la victime la qualité de partie plaignante (arrêt du Tribunal fédéral 1B_137/2015 du 1^{er} septembre 2015, consid. 2.2.) :

« En effet, les quelque vingt ans passés sous le même toit [...] semblent correspondre à l'enfance des quatre sœurs; cet élément - mis à part son éloignement dans le temps - n'est ainsi pas caractéristique d'un lien particulier. Quant aux photos de famille produites - non datées -, aux visites effectuées pour le moins jusqu'en 2008, aux cadeaux adressés semestriellement et aux coups de téléphone hebdomadaires, ils permettent encore une fois de démontrer que les membres de la famille continuaient avoir des relations affectives et périodiques entre eux. Cependant, leur fréquence relativement limitée - notamment celle des appels téléphoniques - ne suffit pas pour retenir que ces échanges auraient été au-delà de ceux existant généralement dans une fratrie ayant quitté le giron parental. »

130. Il est proposé de modifier l'art. 116 al. 2 AP-CPP ainsi :

« On entend par proches de la victime ses enfants, ses père et mère, ses frères et sœurs et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues. »

Absence de mention de l'adresse de la victime

131. La question de la protection des personnes mises en danger par leur participation à la procédure est réglée par les art. 149 ss CPP. La partie plaignante est une participante à la procédure et peut donc bénéficier de la protection en question.

132. L'art. 149 al. 2 CPP énumère les mesures de protection envisageables. La confidentialité de l'adresse de la victime n'y figure pas, mais elle n'est pas exclue de ce fait, dès lors que l'énumération est exemplative. De plus, la confidentialité de l'adresse ressemble tant à une garantie de l'anonymat (art. 149 al. 2 lit. a. CPP) atténuée, qu'à une restriction de l'accès au dossier (art. 149 al. 2 lit. e. CPP).

Partant, il paraît en soi admissible d'ordonner que l'adresse de la victime ne figure pas au dossier.

133. Des difficultés se posent en revanche quant au régime juridique :

- si on l'analyse comme une espèce de garantie de l'anonymat, il y aurait lieu de lui appliquer l'art. 150 CPP. Or, cette disposition prévoit que la garantie de l'anonymat doit être soumise par le ministère public au TMC pour ratification (art. 150 al. 2 CPP), ce qui paraît disproportionné, compte tenu de l'impact somme toute réduit de cette mesure sur les droits de la défense. Par ailleurs, si elle n'est pas ratifiée par ce tribunal, toutes déclarations recueillies sous son empire deviennent inexploitables, ce qui paraît également excessif ;
- si on l'analyse comme une restriction de l'accès au dossier des personnes desquelles pourrait émaner le danger, il n'y a certes pas besoin de ratification par le TMC mais c'est du point de vue logistique que survient la difficulté, puisqu'il faudrait tenir un dossier complet avec les adresses mais veiller à ce que lesdites adresses soient occultées chaque fois que la personne de laquelle le danger pourrait émaner le consulte.

134. Partant, les modifications suivantes s'imposent :

- art. 149 al. 2 lit. a. AP-CPP est reformulé :

« assurer l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse de la personne à protéger » ;

- art. 150 AP-CPP ainsi :

« Art. 150 Garantie de l'anonymat ou confidentialité de l'adresse

¹ La direction de la procédure peut garantir l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse aux personnes à protéger.

² Le ministère public doit soumettre la garantie de l'anonymat à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte, en indiquant avec précision dans les 30 jours, tous les éléments nécessaires à l'appréciation de la légalité de la mesure. Le tribunal des mesures de contrainte statue définitivement.

³ Si le tribunal des mesures de contrainte refuse son approbation, les preuves déjà administrées sous la garantie de l'anonymat ne sont pas exploitables.

⁴ Une fois approuvée ou ordonnée, la garantie de l'anonymat ou de la confidentialité de l'adresse lie l'ensemble des autorités pénales chargées de l'affaire.

⁵ La personne à protéger peut renoncer en tout temps à l'anonymat ou à la confidentialité de l'adresse.

⁶ D'office ou sur demande, le ministère public et la direction de la procédure du tribunal révoquent la garantie de l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse lorsque le besoin de protection a manifestement disparu. »

135. Le refus du ministère public de garantir la confidentialité de l'adresse est sujet à recours (ATF 139 IV 265, consid. 2.4.). Son refus de lever la garantie de la confidentialité de l'adresse (art. 150 al. 6 CPP) est également sujet à recours, à notre sens.

XXIII. INDEMNITÉS

136. Selon la jurisprudence fédérale, le juge doit statuer simultanément sur le fond et sur les indemnités (art. 429 ss CPP), ainsi que sur les honoraires de l'avocat d'office (art. 135 CPP).

137. Cette obligation n'est pas satisfaisante. S'agissant de l'indemnité sollicitée par un prévenu plaidant l'acquiescement, on ne peut exclure que, si elle est conséquente, le juge ne soit influencé quand il tranche la question de sa culpabilité. De plus, les parties ressentent fréquemment un malaise de voir traitées en même temps les questions cruciales, relatives à la liberté du prévenu et aux atteintes subies par les parties plaignantes, et celles financières.

Cette dernière remarque s'impose aussi s'agissant de la taxation des honoraires de l'avocat d'office ; de plus, il n'est pas très heureux de retrouver dans une ordonnance de classement, une ordonnance pénale ou une décision d'une autorité de jugement, l'examen détaillé d'un état de frais, avec bien souvent des corrections.

138. Il faut dès lors prévoir expressément la possibilité pour le juge de trancher ces questions séparément.

XXIV. MÉDIATION PÉNALE

139. Le CPP ne contient aucune disposition sur la médiation pénale ; en revanche, elle est prévue aux art. 34A et 34B de la Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP).

140. Il conviendrait d'inclure des dispositions dans le CPP sur la médiation pénale, d'autant plus que le droit pénal des mineurs la prévoit déjà (art. 17 DPMIn).

141. L'ODA propose un nouvel art. 316a AP-CPP :

«¹ En lieu et place d'une conciliation (art. 316 al.1 phr. 1 et al. 2), le ministère public peut inviter le prévenu, d'une part, le plaignant, le lésé ou les proches de la victime, d'autre part, à engager une médiation.

² Il peut également procéder selon l'al. 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte.

³ Si la médiation aboutit, le ministère public classe la procédure. »

et un nouvel art. 332a AP-CPP :

«¹ En lieu et place d'une conciliation (art. 332 al. 2), la direction de la procédure peut inviter le prévenu et la partie plaignante à engager une médiation.

² Elle peut également procéder selon l'al. 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte.

³ Si la médiation aboutit, la procédure est classée. ».

C. CONCLUSIONS

142. Dans la présentation de l'avant-projet, le Rapport est clair sur l'ambition limitée des modifications proposées. En effet, il ne s'agissait que de procéder à « *un examen de l'adéquation du CPP à la pratique* » (Rapport, p. 7, 1.2).

Encore plus clair (Rapport, p. 13, 1.4) :

« Les modifications proposées ne concernent que des domaines dans lesquels l'application du code a entraîné des difficultés ou a eu des effets indésirables. On renonce par contre à modifier ou à abroger des règles certes critiquées (par ex. celles concernant la procédure simplifiée), mais qui ont fait la preuve de leur efficacité. On maintient la structure de base du CPP sans remettre en question les décisions du législateur. »

143. Pour l'ODA, cette approche minimaliste est très regrettable, car l'avant-projet passe ainsi à côté de modifications qui s'imposaient, en particulier quant :

- au recours contre le rejet par le ministère public des réquisitions de preuves ;
- à l'immédiateté trop réduite ;
- au droit de veto trop important de la partie plaignante dans le cadre de la procédure simplifiée.

144. L'ODA forme le vœu que le législateur se mette derechef au travail pour examiner et décider de ces réformes de fond.

* * *



Me Grégoire MANGEAT
Bâtonnier de l'Ordre des avocats
de Genève

Genève, le 13 mars 2018

Von: Gasser Annemarie BJ
Gesendet: Freitag, 6. April 2018 09:03
An: Gasser Annemarie BJ
Betreff: Vernehmlassung zur StPO-Revision

Von: Charlotte Schoder [<mailto:charlotte.schoder@bluewin.ch>]
Gesendet: Freitag, 6. April 2018 07:48
An: Goldschmid Peter BJ <Peter.Goldschmid@bj.admin.ch>
Betreff: Vernehmlassung zur StPO-Revision

Sehr geehrter Herr Goldschmid

Wie letzte Woche besprochen, lasse ich Ihnen eine als Privatperson verfasste Vernehmlassung zur StPO noch nachträglich zukommen.

Meines Erachtens sollte bei der nächsten StPO-Revision auch Art. 117 Abs. 3 StPO geändert werden, und zwar folgendermassen:

„Machen die Angehörigen des Opfers Haftungsansprüche geltend, so stehen ihnen die gleichen Rechte zu wie dem Opfer.“

Begründung:

Nach der jetzigen Formulierung von Art. 117 Abs. 3 StPO können Opferangehörige nur dann Parteirechte im Strafverfahren gegen den Täter beanspruchen, wenn sie Zivilansprüche geltend machen. In diesem Fall sind sie ohne Weiteres legitimiert, Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen mit der StPO-Beschwerde anzufechten. Diese Befugnis haben sie aber nicht, wenn es sich beim mutmasslichen Täter um einen Staatsangestellten handelt und die Opferangehörigen dementsprechend keinen Zivilanspruch gegen den Täter, sondern eine öffentlich-rechtliche Forderung gegen den Staat aus Staatshaftung haben.

Der Entscheid im Strafpunkt kann sich allerdings nicht nur auf zivilrechtliche, sondern auch auf öffentlich-rechtliche Ansprüche der Angehörigen auswirken. Wenn beispielsweise ein Verfahren wegen vorsätzlicher Tatbegehung eingestellt wird, so hat der Umstand, dass der Täter/der Staatsangestellte nur noch wegen Fahrlässigkeit belangt werden kann, auf die öffentlich-rechtliche Forderung der Angehörigen Auswirkungen. Zudem ist beim Zivilgericht und beim Staatshaftungsgericht gleichermaßen von einer faktischen Bindung an den strafrechtlichen Entscheid auszugehen.

Für die betroffenen Angehörigen ist die Unterscheidung zwischen Zivilansprüchen und öffentlich-rechtlichen Ansprüchen bisweilen nicht nachvollziehbar. Unter dem Blickwinkel des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb die Angehörigen die Nichtanhandnahme oder Einstellung eines Strafverfahrens bei einer zur Anzeige gebrachten Straftat in einem privaten Verkehrsbetrieb oder in einem privaten Spital anfechten können, der kantonale Rechtsmittelweg ihnen dagegen versagt bleibt, wenn sich die mutmassliche Straftat in einem öffentlichen Verkehrsbetrieb oder einem öffentlichen Spital ereignete.

Ich plädiere deshalb dafür, den in Art. 117 Abs. 3 StPO verwendeten Begriff „Zivilansprüche“ durch den Begriff „Haftungsansprüche“ zu ersetzen.

Es ist mir bewusst, dass die dargestellte Problematik in analoger Weise die Rechtsmittellegitimation der geschädigten Person ans Bundesgericht betrifft. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG ist die geschädigte Person unter der Voraussetzung zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, dass sich der angefochtene Entscheid auf ihre Zivilansprüche auswirken kann. Betreffend dieser Bestimmung plädiert ein Teil der Lehre, Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in dem Sinn neu auszulegen, dass mit dem Begriff „Zivilansprüche“ auch öffentlich-rechtliche Ansprüche gemeint sind (Thommen, Basler Kommentar zu Art. 81 BGG N. 41). Ein anderer Teil der Lehre plädiert für eine entsprechende Gesetzesrevision (Aemisegger, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, S. 260).

Vgl. zur Problematik auch den Entscheid SBK.2011.262 der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts Aargau, publ. in: CAN 2013 Nr. 40.

Ich danke Ihnen, dass ich trotz Fristablauf noch nachträglich eine Vernehmlassung einreichen darf. Als im Strafrecht und Staats- und Verwaltungsrecht engagierte Juristin ist mir die Revision der StPO ein berufliches Anliegen.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüßen

Charlotte Schoder

Charlotte Schoder

Dr. iur, Rechtsanwältin

Meientalstrasse 63

8048 Zürich

[E-Mail charlotte.schoder@bluewin.ch](mailto:charlotte.schoder@bluewin.ch)

Mobile 079 669 45 94

Gasser Annemarie BJ

Von: Zufferey Florène <Florene.Zufferey@chgemeinden.ch>
Gesendet: Dienstag, 30. Januar 2018 14:05
An: Gasser Annemarie BJ
Betreff: Vernehmlassung: Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Mit Ihrem Schreiben vom 1. Dezember 2017 haben Sie dem Schweizerischen Gemeindeverband (SGV) das oben erwähnte Geschäft zur Vernehmlassung unterbreitet. Für die Gelegenheit, uns aus Sicht der rund 1625 dem SGV angeschlossenen Gemeinden äussern zu können, danken wir Ihnen.

Nach Studium der Unterlagen teilen wir Ihnen hiermit jedoch mit, dass der SGV zu dieser Vorlage keine Stellungnahme einreicht.

Vielen Dank für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse und schöne Festtage

Schweizerischer Gemeindeverband

Präsident

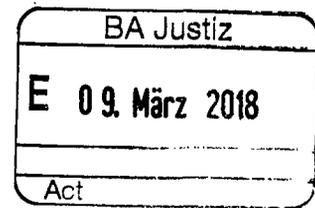
Direktor



Hannes Germann
Ständerat

Reto Lindegger

Bundesamt für Justiz
Frau
Annemarie Gasser
Bundesrain 20
3003 Bern
annemarie.gasser@bj.admin.ch



Bern, 9. März 2018 sgv-KI/ds

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 lädt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) Stellung zu nehmen.

Die Motion 14.3383 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (Anpassung der Strafprozessordnung) beauftragt den Bundesrat, nach einer Prüfung der Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung (StPO) dem Parlament bis Ende 2018 die notwendigen Änderungen vorzulegen. Die StPO erfährt keine grundlegende Revision, sondern punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen führt.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt jene Änderungsvorschläge ab, die zu einem finanziellen, personellen oder administrativen Mehraufwand führen. Ebenso lehnt er jene Vorschläge ab, die zu einer höheren Regelungsdichte führen. Der sgv unterstützt Vorschläge, die Verfahrensvereinfachungen mit sich bringen.

Die seit 2011 in Kraft befindende StPO ersetzt die 26 kantonalen Strafprozessordnungen und harmonisiert das Strafverfahren. Sie hat sich grundsätzlich bewährt und trägt zu einer einfacheren und effizienteren Strafverfolgung bei. Dies soll auch mit der vorliegenden Revision bestehen bleiben. Eine Erhöhung der Regelungsdichte ist nicht angezeigt. Die ohnehin von allen Seiten (Parteien im Strafverfahren, ihre Rechtsvertreter, Aufsichtsbehörden, Rechtsmittelinstanzen, politische Behörden und Medien) kontrollierten Strafbehörden dürfen nicht zu weiteren unnötigen Formalitäten gedrängt werden. Im Vordergrund steht wirkungsorientierte und verantwortungsvolle Verfahrensführung. Zudem gilt das Beschleunigungs-

gebot (Art. 5 StPO). Die Abwicklung eines raschen, aber korrekten Verfahrens ist wichtig. Die Parteien wollen verstehen, was wie und weshalb entschieden worden ist.

Zu einzelnen Revisionsvorschlägen nehmen wir wie folgt Stellung.

Sinnvolle Revisionspunkte aus Sicht des Schweizerischen Gewerbeverbandes sgv sind:

Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln (Art. 78a)

Die Protokollierung der Einvernahme muss nicht laufend während der Einvernahme erfolgen. Sie kann gestützt auf die mit technischen Mitteln gemachten Aufzeichnungen nachträglich zu einem Protokoll erstellt werden. Ein Wortprotokoll ist nicht nötig.

Zivilklage (Art. 123 Abs. 2)

Heute kann eine Zivilklage erst im Parteivortrag beziffert und begründet werden. Die Begründung und Bezifferung unmittelbar vor der Hauptverhandlung kann die Beteiligten mit vielen Dokumenten, Beweismitteln etc. konfrontieren, deren Auswertung Zeit benötigt. Eine Vorverschiebung des Zeitpunktes der Begründung und Bezifferung der Zivilklage macht deshalb Sinn.

Folgende vorgeschlagene Bestimmungen lehnt der sgv ab:

Bestellung der amtlichen Verteidigung (Art. 133)

Die Kompetenz, eine amtliche Verteidigung zu bestellen, soll gemäss Vernehmlassungsvorschlag nicht mehr bei der Staatsanwaltschaft liegen. Art. 133 Abs. 2 verlangt zusätzlich eine Eignungsprüfung. Eine solche Eignungsprüfung ist unnötig und kann zu Beschwerden führen und den Fortgang des Verfahrens verzögern. Der sgv lehnt die Revision von Art. 133 ab.

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

Die neue Regelung fordert, dass - wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt – der amtlichen Verteidigung Anspruch auf eine höhere Entschädigung zusteht. Die amtlichen Verteidiger erhalten sozusagen eine vom Ergebnis abhängige Entschädigung. Die Staatsanwälte dagegen müssen ergebnisoffen untersuchen und erhalten keinen vom Ergebnis abhängigen Lohn. Diese Unterscheidung ist nicht nachvollziehbar und deshalb abzulehnen.

Gewährung von Teilnahmerechten an allen Einvernahmen einer Person (Art. 147 und Art. 147a)

Die Gewährung von Teilnahmerechten an allen Einvernahmen einer Person ist problematisch. Bei Mittäterschaft oder bei Bandenkriminalität wird dadurch genau der Effekt erzielt, der mit den höheren Strafminima im materiellen Strafrecht bei der Bandenkriminalität bekämpft werden soll: die Solidarisierung und damit verbunden der erschwerte Ausstieg aus der Bande. Im Strafverfahren muss jede einzelne beschuldigte Person für sich entscheiden können, welche Verantwortung sie übernehmen und welche Antwort sie geben will. Es muss einer beschuldigten Person zudem zugestanden werden, nur in eigener Sache aussagen zu wollen, ohne zugleich Beweismittel im Verfahren gegen eine andere Person zu sein. Deshalb ist jeder beschuldigten Person grundsätzlich Gelegenheit zu geben, vorerst ohne Teilnahmerechte anderer Verfahrensbeteiligter auszusagen. Das dient nicht nur der Ermittlung der materiellen Wahrheit, sondern auch dem Recht jeder beschuldigten Person über seine Verfahrensbeteiligung zu entscheiden. Eine Änderung von Art. 147 und Art. 147a ist nicht notwendig.

Strafbefehlsverfahren (Art. 352 und Art. 352a)

Neu soll der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens eingeschränkt werden. Opfern von Straftaten soll es ein Anliegen sein, dass die Straftaten von einem Gericht in einem ordentlichen Verfahren und nicht im abgekürzten Strafbefehlsverfahren beurteilt werden. Dies zumindest soll eine Evaluation des Opferhilfegesetzes suggerieren. Allerdings ist es nicht nachvollziehbar, weshalb den Opfern in den vorgeschlagenen Fällen zwingend ein gerichtliches Verfahren zuzumuten ist, wenn dieses im Strafbefehlsverfahren abgeschlossen werden könnte. Opfer müssen nicht bevormundet werden. Es steht ihnen frei eine Einsprache zu erheben, wenn sie wünschen, dass der Fall vor Gericht zu behandeln ist. Um diese

Fragen zu besprechen, haben Opfer hinreichend Gelegenheit, sich von allen Seiten beraten zu lassen. Für den sgv ist die Neuregelung auch deshalb nicht nötig, weil rund 97 % der Fälle mit dem Instrument des Strafbefehlsverfahren abgeschlossen werden. Es ist ein effizientes, einfaches und rasches Mittel der Verfahrenserledigung im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität. Die Umsetzung der mit der Vernehmlassung vorgeschlagenen Massnahme würde bei den Kantonen zu erheblichen Mehrkosten führen.

Art. 352a fordert eine obligatorische Einvernahme vor Erlass eines Strafbefehls, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder der Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe vorgesehen ist. Der sgv lehnt diese Regelung aus Kostengründen ab.

Wir danken für die Berücksichtigung der Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, Nationalrat



Dieter Kläy
Ressortleiter



Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege

Société suisse de droit pénal des mineurs

Società svizzera di diritto penale minorile

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Solothurn, 22. Februar 2018

Änderung der Strafprozessordnung; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen.

Im Rahmen des Entwurfs zur Änderung der Strafprozessordnung sind auch Änderungen des Jugendstrafgesetzes und der Jugendstrafprozessordnung vorgesehen. Vorliegende Stellungnahme der Schweizerischen Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege beschränkt sich auf die für die Jugendanwaltschaften und Jugendgerichte im Speziellen relevanten Änderungsvorschläge.

Änderungen im Jugendstrafgesetz:

Art. 3 Abs. 2 JStG:

Die bisherige Regelung für Übergangstäter führte in der Praxis immer wieder zu Unklarheiten und zu ungleicher Behandlung von beschuldigten Gleichaltrigen. Die neu vorgeschlagene Regelung, wonach Straftaten von Übergangstätern in zwei voneinander getrennten Verfahren beurteilt und sanktioniert werden sollen, ist deshalb zu begrüßen. Die Zuständigkeit zur Verfahrensführung soll sich nicht mehr - wie heute- aus dem Zufall eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Jugendverfahrens ergeben, sondern allein aus dem Alter der beschuldigten Person.

Art. 36 Abs. 1 bis und 2

Die bestehende Lücke hinsichtlich der Verfolgungsverjährung soll im Sinne des Entwurfs geschlossen werden. Dies umso mehr, weil die Verjährung der Strafverfolgung im Jugendstrafverfahren ohnehin relativ rasch eintritt.

Änderungen in der Jugendstrafprozessordnung:

Art. 10 Abs. 3

Barbara Altermatt, Präsidentin

Jugend-anwaltschaft Solothurn · Amthaus 2 · 4500 Solothurn

Telefon: 032 627 27 55 · E-Mail: Barbara.Altermatt@bd.so.ch

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

Die Praxis zur aktuellen JStPO hat gezeigt, dass sich betreffend der Vornahme von Ermittlungshandlungen am Tatort Unklarheiten und (negative) Kompetenzkonflikte ergeben. Ziel muss es deshalb sein, eine griffige und möglichst klare Regelung zu finden, damit die Strafuntersuchung an sich nicht behindert wird.

Der Entwurf nimmt hinsichtlich der Zuständigkeit für Verfahrenshandlungen am Tatort die im bundesrätlichen Entwurf zur JStPO aus dem Jahr 2005 enthaltene Formulierung wieder auf: Dringend notwendige Verfahrenshandlungen, Verfahrenshandlungen, die keinen Aufschub dulden, um die Untersuchung nicht zu gefährden, sollen durch die Behörden am Tatort vorgenommen werden.

Im überwiegenden Teil der zu führenden Strafverfahren dürfte mit dieser Formulierung genügend Klarheit geschaffen sein. In einzelnen Fällen kann sich allerdings auch diese Formulierung als nicht genügend griffig herausstellen, weil die Einschätzungen der Strafverfolgungsbehörden und der Parteien darüber, welche Verfahrenshandlungen «keinen Aufschub» dulden, durchaus divergent sein können. Grundsätzlich erscheint somit die vorgeschlagene Formulierung tauglich. Erst in der Praxis wird sich aber zeigen, ob damit die bezüglich Zuständigkeit für Ermittlungshandlungen am Tatort erwünschte Klarheit wirklich hergestellt werden kann.

Art. 10 Abs. 3 – Streichung des bisherigen Artikels

Für die Strafverfolgung sämtlicher Straftaten, also auch für Übertretungen, soll die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes zuständig sein. Die Regelung ist grundsätzlich zu begrüssen. In der Umsetzung ergibt sich aber hinsichtlich der Übertretungen gegen die Kantonale Gesetzgebung ein Problem. Deren Verfolgung und Beurteilung kann nicht unbedingt in die Zuständigkeit eines anderen Kantons fallen.

Ebenfalls kaum praktikabel ist die vorgeschlagene Regelung im Bereich des Ordnungsbussenverfahrens.

Vorschlag : Für die Strafverfolgung im Bereich der kantonalen Gesetzgebung und des Ordnungsbussenverfahrens ist die Behörde am Tatort zuständig.

Art. 32 Abs. 5

Die vorgeschlagene Erweiterung der Rechte der Privatklägerschaft wird nicht in Frage gestellt.

Art. 32 Abs. 3 JStPO

In Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Änderung von Art. 353 Abs. 2 lit.a StPO stellt sich die Frage, ob die Formulierung „ohne weitere Beweiserhebungen“ nicht auch in Art. 32 Abs. 3 JStPO aufgenommen, bzw. die aktuelle Formulierung „ohne besondere Umstände“ ersetzen sollte.

Besten Dank für die Kenntnisnahme und Prüfung der Vorschläge.
Für allfällige Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**Schweizerische Vereinigung für
Jugendstrafrechtspflege**
Die Präsidentin



Barbara Altermatt

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

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

RR/jsa

312

Bern, den 13. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

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

A. Résumé

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

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

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

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

B. Grundsätzliche Überlegungen

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

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

C. Stellungnahme zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs

Angesichts der grundsätzlichen Ablehnung der Vorlage äussern wir uns nur denjenigen

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

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und mit freundlichen Grüßen

für den SAV



SAV Präsident

Urs Haegi



SAV Generalsekretär

René Rall

Stellungnahme und Vorschläge des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV|FSA

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

Art. 76 StPO

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

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

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

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

Art. 78a StPO

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

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

Art. 135 StPO

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

Art. 143 Abs. 4 und 5 StPO

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

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

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

Art. 147 StPO

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

Art. 147a StPO

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

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

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

² Vgl. dazu BSK StPO – RUCKSTUHL, Art. 135 N 12.

durch das Aussageverhalten der beschuldigten Person(en) die Suche nach dem (vermeintlichen) Urzustand der Wahrheit erschwert werden könnte. Wir schlagen deshalb vor, sich vom inquisitorisch geprägten Wahrheitsbegriff und dem «Gespenst» der materiellen Wahrheit zu lösen und die Regelung in Art. 147a StPO einem modernen dualistischen Strafrechtssystem anzugleichen (Wahrheit als Prozess, als Ergebnis eines herrschaftsfreien, fairen Dialogs zwischen den Prozessbeteiligten). U.E. können Teilnahmerechte die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht behindern. Gesetzlich erklärtes (theoretisches) Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der materiellen objektiven Wahrheit. Dieses Ziel haben die Strafbehörden nicht mit allen, sondern nur mit den vom Gesetz vorgegebenen Instrumenten, in der vom Gesetz vorgegebenen Form zu erreichen, weshalb man präziser von der «prozessualen Wahrheit» spricht. Professor Detlef Krauss spricht treffend von der «Konstruktion des Rechtsfalles», bei der die den Sachverhalt ermittelnde Person einen entscheidenden Einfluss auf die spätere Wertung des Ermittlungsergebnisses hat. Wahrheit ist damit notwendigerweise immer ein Konstrukt prozessualer Ermittlungstätigkeit, die sich stets am Interesse der Verfahrenssubjekte orientiert: Es gibt immer nur Schilderungen, Erzählungen, Interpretationen, Wertungen, kurz: Kommunikation. Der «relevante Sachverhalt» ist somit unmittelbar von der Wahrnehmung und Interpretation der an diesem Vorgang bzw. am Verfahren beteiligten Akteure abhängig. Jeder der Akteure gibt diesen Kommunikationen Sinn, reduziert durch die Komplexität und konstruiert seine eigene Wahrheit, seine eigene Vorstellung der Wirklichkeit.³ Deshalb ist es als Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren sowie der eingeschränkten Unmittelbarkeit im Hauptverfahren zentral, dass Mitbeschuldigte und ihre Verteidigung im Vorverfahren an der Rekonstruktion der prozessualen Wahrheit durch ihre Partizipation mitwirken können. Vor diesem Hintergrund wird auch klar, dass die Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten der Konstruktion des prozesserheblichen Sachverhalts dienlich sind, denn sie stellen sicher, dass der Sachverhalt nicht im Sinne einer einseitigen, vorgefertigten Haltung der Staatsanwaltschaft konstruiert wird. Dazu kommt schliesslich, dass aufgrund der technologischen und kriminaltechnischen Fortschritte der ohnehin «schwache» Personalbeweis zunehmend an Bedeutung verliert. Das Bundesgericht spricht sich jedenfalls für ein grundsätzliches Mitwirkungsrecht der Parteien bei der Aufarbeitung des strafrechtlich relevanten Tatsachenfundaments und damit für die beschuldigte Person als Subjekt und nicht mehr als Objekt in einem rechtstaatlichen Verfahren aus (vgl. BGE 139 IV 25; Urteile des Bundesgerichts 1B_404/2012 vom 4. Dezember 2012 sowie 6B_450/2014 und 459/2014 vom 18. Mai 2015). Vorgeschlagen wird deshalb, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Beschränkung der Teilnahmerechte nur solange verfügt werden kann, bis die entsprechende mitbeschuldigte Person selber erstmals (einlässlich) zur Sache befragt worden ist. Nach der ersten, einlässlichen Befragung der beschuldigten Person können die Teilnahmerechte (grundsätzlich) nicht mehr eingeschränkt werden. Zudem ist der Ausschluss der Teilnahmerechte vor der entsprechenden Einvernahme (d.h. vorgängig) von der Verfahrensleitung schriftlich zu verfügen, damit die Rechtmässigkeit des verfügten Ausschlusses durch ein Gericht überprüft werden kann, bevor die umstrittene Beweiserhebung vorgenommen wird. Eine solche Regelung ist unseres Erachtens auch deshalb völlig opportun, weil die Teilnahmerechte im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren bekanntlich nicht gelten, sondern nur nach Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung. Wir

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

unterbreiten Ihnen deshalb folgenden Formulierungsvorschlag:

«Art 147a StPO Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person

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

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

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

Art. 221 StPO

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

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

Art. 222 und 228a StPO

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

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

Gründen nicht.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 231 Abs. 2 StPO

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

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

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

Art. 248 StPO

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

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

Art. 251a StPO

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

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

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

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

Art. 255 StPO

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

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

Art. 256 StPO

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

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

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

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

Art. 318 StPO

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

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

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

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

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

Art. 342 StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 352 und 352a StPO

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

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

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

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

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

Art. 353 und 395 StPO

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

Art. 366 StPO

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

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

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

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

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

Art. 388 StPO

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

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

Art. 391 StPO

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

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

Art. 401 StPO

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

Art. 442 StPO

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

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

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

Einführung des Instituts einer «aufgeschobenen Anklageerhebung»

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

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

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

Das geltende Recht sieht in Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) vor, dass unter bestimmten Umständen von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung abgesehen werden kann. Diese Bestimmung – die nach unserer Auffassung zu Unrecht kritisiert wird⁴ – zielt jedoch hauptsächlich auf den Ausgleich zwischen Täter und Geschädigten; eine Konstellation, die aus den verschiedensten Gründen nicht bei allen Strafverfahren gegeben ist. Die zusätzliche Schaffung des Instituts einer aufgeschobenen Anklageerhebung hat daher durchaus eine eigenständige Berechtigung.

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

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

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

Art. 366 StGB

(s. oben, Art. 352 StPO)

Art. 3 Abs. 2 JStG

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

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

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

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

sich sachlich aufdrängen.

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

An dieser Stelle ist zu bemerken, dass das Bundesgericht in diversen Entscheiden die Anwendung des Erwachsenenstrafprozessrechts bei Übergangstätern als Ausnahme zur Diskussion stellte (vgl. beispielsweise BGer, Urteil v. 26.3.2015, 1B_62/2015). Mit der vorgeschlagenen Änderung würde aber die Anwendung des Erwachsenenstrafprozessrechts zur Regel erhoben.

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

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

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

Art. 38 JStG

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

Art. 9 IRSG

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

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

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

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

Änderung der Strafprozessordnung: Stellungnahme Vorstand SODK

1. Ausführliche Bemerkungen und Anträge zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 78 a

Die Stossrichtung des Artikels wird unter Vorbehalt des nachfolgenden Antrags begrüsst.

Antrag: Sofern Opfer im Sinne des OHG in das Verfahren involviert sind, soll weiterhin ein Wortprotokoll verfasst werden.

Begründung:

Die Befragungen im Untersuchungsverfahren sind von grosser Bedeutung für das weitere Strafverfahren. Ein lediglich sinngemässes Protokoll ohne Einsicht/Unterzeichnung durch die einvernommene Person legt das Gewicht unverhältnismässig auf die Interpretation durch die Person, die die Einvernahme nachträglich protokolliert. Es besteht die Gefahr, dass Aussagen falsch verstanden und wiedergegeben werden. Das Risiko ist insbesondere bei den Aussagen von minderjährigen und traumatisierten Opfern gross. Ein Wortprotokoll ist deshalb im Rahmen der Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitsprüfung von Untersuchungs- und Gerichtsbehörden unabdingbar.

Im erläuternden Bericht wird denn auch darauf hingewiesen, dass es bei einem gänzlichen Verzicht auf eine schriftliche Fassung der Einvernahme nicht zu einer Kostenminderung kommen würde, da die Mitglieder des urteilenden Gerichts etc. mit grossem Zeitaufwand Aufzeichnungen abhören und sich dazu persönliche Notizen machen müssten (S. 10, letzter Abschnitt). Diese Ausführungen zeigen bereits, welches Gewicht einem lediglich sinngemässen und der einvernommenen Person nicht vorgelegten Protokoll zukommen würde.

Es soll deshalb - sofern ein Opfer im Sinne des OHG in das Verfahren involviert ist - weiterhin auf allen Verfahrensstufen während der Einvernahme wörtlich protokolliert werden, selbst wenn die Einvernahme aufgezeichnet wird. Das Wortprotokoll ist anschliessend der einvernommenen Person zur Unterschrift vorzulegen.

Art. 117 Abs. 1 Bst. g

Wir begrüssen die Änderung.

Antrag: Diese Regelung soll jedoch auch für Strafbefehlsverfahren bzw. die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft gelten.

Begründung:

Diese Änderung basiert auf einer Empfehlung des Evaluationsberichts des Opferhilfegesetzes und trägt somit den Anliegen der Praxis Rechnung.

Das Opfer soll ein Recht haben zu erfahren, wie das Verfahren gegen die beschuldigte Person vor Gericht ausgegangen ist. Dies muss unabhängig davon sein, ob sich das Opfer als Privatkläger/in konstituiert hat oder nicht. Dieses Recht ist für die Opfer ein wichtiges Element bei der Aufarbeitung der Straftat.

Es ist aus unserer Sicht jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb die Bestimmung sich auf das Urteilsdispositiv bei Gerichtsverfahren beschränkt. Ein Opfer soll in Bezug auf die es betreffenden Straftaten generell Anspruch darauf haben zu erfahren, wie das Strafverfahren abgeschlossen wird – folglich also auch, ob die Staatsanwaltschaft das Verfahren eingestellt oder einen Strafbefehl erlassen hat. Nach dem neu vorgeschlagenen Art. 318 StPO sollen diese Schritte zumindest angekündigt werden,

damit das Opfer die Möglichkeit hat, sich als Privatkläger/in zu konstituieren. Warum einem Opfer, welches sich nicht konstituiert hat, zwar das Urteilsdispositiv, nicht aber der Strafbefehl oder die Einstellungsverfügung zugeschickt werden, ist nicht nachvollziehbar.

Aus diesem Grund soll die Änderung nicht nur für die Entscheidungen des Gerichts, sondern auch für die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft gelten.

Art. 123 Abs. 2

Die Stossrichtung der Bestimmung ist im Grundsatz zwar zu begrüessen, die Verkürzung der Frist für die Privatklägerschaft, um die Zivilansprüche zu begründen und beziffern, wird jedoch als problematisch beurteilt.

Antrag: Vorgeschlagen wird deshalb, dass mit der neu anzusetzenden Frist gemäss Art. 318 Abs. 1 dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben wird, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, ohne dass dies bereits abschliessend geschehen muss.

Begründung:

Die Stossrichtung der Bestimmung wird insofern begrüsst, als dass es damit zu mehr adhäsionsweisen Beurteilungen von Zivilforderungen kommen soll.

Problematisch ist jedoch, dass der Privatklägerschaft dadurch weniger Zeit bleibt, um die Zivilansprüche zu begründen und beziffern.

Es wird deshalb vorgeschlagen, dass mit der neu anzusetzenden Frist gemäss Art. 318 Abs. 1 dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben wird, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, ohne dass dies bereits abschliessend geschehen muss. Kommt es zu einer Anklage, handelt es sich in der Regel um schwerere Delikte, die auch schwerwiegendere Folgen für das Opfer haben. Oft ist zu diesem Zeitpunkt der Endzustand der Heilung noch nicht erreicht und die Schadenssumme steht erst nach Abschluss des Vorverfahrens fest. Häufig liegen zwischen dem Abschluss des Vorverfahrens und dem Abschluss des Strafverfahrens als solches mehrere Monate oder auch noch längere Zeit. Das Opfer soll in diesen Fällen - auch aus Gründen der Verfahrensökonomie - die Gelegenheit haben, die Forderungen ergänzend zu beziffern und zu substantiieren.

Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a^{bis}

Die Änderung wird begrüsst.

Begründung:

Diese Änderung basiert auf einer Empfehlung des Evaluationsberichts des Opferhilfegesetzes und trägt somit den Anliegen der Praxis Rechnung.

Art. 136 Abs. 1^{bis}

Wir begrüessen die vorgeschlagene Änderung unter Vorbehalt des nachfolgenden Antrags ausdrücklich.

Antrag:

Der vorgeschlagene Abs. 1^{bis} sollte gestrichen und stattdessen wie folgt in die bestehenden Abs. 1 und 2 integriert werden. Gleichzeitig gilt es Abs. 2 Bst. c dermassen zu revidieren, dass nicht zu hohe Anforderungen an die Gewährung eines Rechtsbeistands gestellt werden und eine Waffengleichheit zwischen der anwaltlich verteidigten beschuldigten Person und dem Opfer gewährleistet wird:

«¹ Die Verfahrensleitung gewährt der Privatklägerschaft für die Durchsetzung ihrer Straf- oder Zivilklage ~~Zivilansprüche~~ ganz oder teilweise die unentgeltliche Rechtspflege, wenn:

- a. die Privatklägerschaft nicht über die erforderlichen Mittel verfügt; und
- b. die Straf- oder Zivilklage nicht aussichtlos erscheint.

Art. 301 Abs. 1^{bis}

Die Änderung wird begrüsst.

Antrag: Sie soll jedoch mit dem Zusatz ergänzt werden, dass das Opfer durch die Strafverfolgungsbehörde über dieses Recht informiert werden muss.

«Die Strafverfolgungsbehörde macht die händigt der anzeigenden Person darauf aufmerksam, dass sie auf deren Wunsch eine Kopie einer mündlich zu Protokoll gegebenen Anzeige verlangen kann aus.»

Begründung:

Damit das Opfer dieses Recht auch wahrnehmen kann, soll die Strafverfolgungsbehörde verpflichtet werden, das Opfer über dieses Recht zu informieren.

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

Die Bestimmung wird grundsätzlich begrüsst.

Antrag 1: Zusätzlich soll mit der neu anzusetzenden Frist dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben werden, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, ohne dass dies bereits abschliessend geschehen muss.

Antrag 2: Zudem soll das Opfer auf einen vorgängig erklärten Verzicht zurückkommen können. Der letzte Satz von Art. 120 Abs. 1 ist deshalb zu streichen.

Begründung:

Im geltenden Recht ist der Erlass eines Strafbefehls ohne vorgängige Ankündigung möglich. Auch wenn in der Literatur verlangt wird, dass die Geschädigten aktiv auf die Konstituierungsmöglichkeit hingewiesen werden sollen, so entspricht dies nicht dem Wortlaut des Gesetzes. Dies führt dazu, dass in gewissen Kantonen der Strafbefehl den Opfern erst nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt wird und die Opfer dann keine Gelegenheit mehr haben, sich als Privatkläger/in zu konstituieren (vgl. Ergebnis Evaluation Opferhilfegesetz).

Eine explizite Regelung, die sicherstellt, dass sich Opfer rechtzeitig als Privatkläger konstituieren können, wird deshalb sehr begrüsst. Damit kann verhindert werden, dass sich das Opfer mangels Information nicht rechtzeitig als Privatkläger/in konstituieren kann.

Zwar führt die vorgeschlagene Änderung zu einer gewissen Verzögerung und einem Mehraufwand, gleichzeitig ist aber auch darauf hinzuweisen, dass gemäss Strafurteilstatistik überhaupt nur rund ein Viertel der Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach den Artikeln des Strafgesetzbuches opferhilferechtlich relevante Delikte betreffen (inkl. Urteile der Strafgerichte).

Es kommt immer wieder vor, dass Opfer auf die Erhebung der Privatklage (fälschlicherweise) verzichten, weil sie bei der Entscheidung noch nicht über sämtliche notwendigen Informationen verfügen. Daher sollte eine Konstituierung als Privatkläger/in in jedem Fall nochmals ermöglicht werden, auch wenn vorgängig (z. B. bei der Polizei) darauf verzichtet wurde.

Vorgeschlagen wird zudem, wie bereits bei Art. 123 erwähnt, dass mit der neu anzusetzenden Frist dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben wird, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, ohne dass dies bereits abschliessend geschehen muss. Kommt es zu einer Anklage, handelt es sich in der Regel um schwerere Delikte, die auch schwerwiegendere Folgen für das Opfer haben. Oft ist zu diesem Zeitpunkt der Endzustand der Heilung noch nicht erreicht und die Schadenssumme steht erst nach Abschluss des Vorverfahrens fest. Das Opfer soll in diesen Fällen die Gelegenheit haben, die Forderungen ergänzend zu beziffern und zu substantiieren.

Art. 352

Wir begrüssen die Bestimmung im Grundsatz.

Antrag: Sie soll jedoch nicht nur für Opfer gelten, die sich als Privatklägerschaft am Strafverfahren beteiligen, sondern für alle im konkreten Fall betroffenen Opfer im Sinne des OHG.

Begründung:

Es wird begrüsst, dass im Falle einer Strafe von 120 Tagessätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten kein Strafbefehlsverfahren möglich ist.

Diese Bestimmung soll jedoch unabhängig davon gelten, ob sich ein Opfer als Privatklägerschaft am Strafverfahren beteiligt.

Art. 353 Abs. 2

Die Änderung wird ausdrücklich begrüsst. Sie stellt die wichtigste Verbesserung der Opferrechte im vorliegenden Vernehmlassungsentwurf dar.

Antrag: Die Bestimmung soll jedoch nicht als Kann-Bestimmung, sondern als Muss-Bestimmung formuliert werden:

«Die Staatsanwaltschaft ~~kann~~ muss im Strafbefehl über Zivilforderungen entscheiden, sofern:

- a. deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist; und
- b. der strittige Betrag 30 000 Franken nicht übersteigt.»

Begründung:

Die Möglichkeit der Beurteilung von Zivilansprüchen im Strafbefehlsverfahren ist die wichtigste Verbesserung der Opferrechte im vorliegenden Vernehmlassungsentwurf. Damit die Bestimmung aber nicht mangels Bereitschaft der Staatsanwaltschaft toter Buchstabe bleibt, braucht es unbedingt eine verbindliche Vorschrift.

Die in den Bst. a (Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich) und Bst. b (nicht über 30 000 Franken) vorgesehenen Voraussetzungen schränken den Anwendungsbereich bereits erheblich ein, so dass ohnehin nur einfache und ausreichend belegte Zivilforderungen beurteilt werden müssen.

Die Evaluation des Opferhilfegesetzes hat hinsichtlich dieser Frage einen klaren, übergreifenden Konsens aller Akteursgruppen (Staatsanwaltschaften, Polizeikorps, Jugendanwaltschaften, Jugendgerichte, Strafgerichte, Opferhilfe-Beratungsstellen, Opferanwältinnen und -anwälte, Strafverteidigerinnen und -verteidiger) aufgezeigt: Von allen wurde es als negativ oder eher negativ bewertet, dass im geltenden Recht bestrittene, aber liquide Zivilforderungen nicht im Rahmen des Strafbefehlsverfahren beurteilt werden können (Evaluation, S. 46).

Die geltende Regelung schränkt die Möglichkeit einer adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilforderungen massiv ein und ist damit äusserst opferunfreundlich. Das frühere Recht sah denn auch in Art. 38 aOHG die Möglichkeit vor, dass die Kantone Zivilansprüche im Strafbefehlsverfahren behandeln können. Im Kanton Zürich war dies beispielsweise möglich. Der Bezirksanwalt/die Bezirksanwältin durfte eine Zivilforderung nur dann auf den Zivilweg verweisen, wenn aufgrund der Akten und Vorbringen der Parteien kein sofortiger Entscheid über die Ansprüche möglich war (§ 317 Abs. 5 aStPO ZH). Die Regelung hatte sich damals bewährt.

Nicht nur aus Opfersicht, auch aus Sicht der Opferhilfe-Entscheidungsbehörden ist zu fordern, dass der Staatsanwaltschaft die Kompetenz einzuräumen ist, über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden. Die Entschädigungsbehörde, welche bei Zahlungsunfähigkeit der Täterschaft an deren Stelle Leistungen an das Opfer ausrichtet, hat mit der geltenden Regelung nur sehr selten die Möglichkeit, Regress auf diese zu nehmen, da es an einem Rechtsöffnungstitel fehlt und die Entschädigungsbehörde nicht in der Lage ist, selbst einen Zivilprozess gegen die Täterschaft zu führen. Häufig handelt

es sich bei den Zivilforderungen bzw. den ausgerichteten Opferhilfeleistungen jedoch um Beträge in einer Höhe, wie sie von der Täterschaft zwar nicht sofort, aber doch auf längere Sicht erfolgreich eingefordert werden könnten. Hier besteht für die Kantone ein Sparpotential.

Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis}, 1^{bis} und 1^{ter}

Wir befürworten diese Änderung grundsätzlich.

Antrag: Die Rechtsmittelfrist soll immer 20 Tage betragen, auch wenn der Strafbefehl persönlich ausgehändigt wurde.

Begründung:

Das Opfer muss die Möglichkeit haben, den Strafbefehl anzufechten und überprüfen zu lassen, soweit es um dessen persönliche Interessen wie z. B. Zivilforderungen geht. Ansonsten wäre das Opfer, das nach revidierter StPO im Strafverfahren Zivilforderungen geltend macht, gegenüber einem Opfer, das die Forderungen auf dem Zivilweg geltend macht, benachteiligt.

Problematisch sind die unterschiedlichen Rechtsmittelfristen von zehn bzw. zwanzig Tagen. Die Schwierigkeit besteht darin zu entscheiden, ob ein Rechtsmittel erhoben werden soll. Eine nur zehntägige Frist, um einen Termin mit einem Juristen/einer Juristin aufzugleisen, um die Sinnhaftigkeit zu besprechen und sich ausführlich Gedanken dazu zu machen (insbesondere zum Kostenrisiko), ist einerseits zu kurz und stellt andererseits eine Ungleichbehandlung gegenüber jenen Opfern dar, die den Strafbefehl schriftlich erhalten haben. Die Entscheidung, ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll oder nicht, wird dem Opfer schliesslich nicht durch die persönliche Aushändigung des Strafbefehls erleichtert. Im Übrigen wird durch unterschiedliche Rechtsmittelfristen die Strafprozessordnung unseres Erachtens unnötig verkompliziert.

2. Zusätzliche Revisionsvorschläge

a) Kostenrisiko für das Opfer und seine Angehörigen

Der Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes (S. 41 und 43/44) zeigt auf, dass das Kostenrisiko für das Opfer und seine Angehörigen von der Opferhilfe und von Opferanwält/innen als negative Auswirkung der StPO beurteilt wird. Mit dem Ziel, dieses Kostenrisiko zu minimieren, werden deshalb folgende zusätzliche Punkte eingebracht:

Antrag 1: Überführung der Rechtsprechung von BGE 141 IV 262 ins Gesetz: Art. 30 Abs. 3 OHG geht als lex specialis Art. 135 Abs. 4 und Art. 138 Abs. 1 StPO vor

Begründung:

Die in Art. 30 Abs. 3 OHG vorgesehene Befreiung des Opfers und seiner Angehörigen von der Pflicht, die Kosten für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu erstatten, gilt auch im Rahmen eines Straf- und/oder Zivilverfahrens gegen den Täter. Diese Rechtsprechung ist ins Gesetz zu überführen, da es in der Praxis immer wieder zu Fällen kommt, in denen der genannte Gerichtsentscheid der zuständigen Inkassobehörde nicht bekannt ist.

Die Befreiung von der Kostenrückerstattungspflicht soll auch für das Rechtsmittelverfahren gelten, auch wenn BGE 143 IV 154 den Vorrang von Art. 30 Abs. 3 OHG auf das strafprozessuale Untersuchungs- und erstinstanzliche Gerichtsverfahren beschränken will. Der Entscheid wurde von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällt und steht im Widerspruch zum Geist der Entscheidung für die Beurteilung von opferhilferechtlichen Beschwerden zuständigen öffentlich-rechtlichen Abteilung, wonach für die Gewährung von Opferhilfe entscheidend ist, ob im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Hilfe (hier anwaltliche Unterstützung) von einer Opferstellung auszugehen war, auch wenn es nachträglich zu einem Freispruch kommt (vgl. BGE 125 II 265 E. 2c/bb, BGE 134 II 33 E. 5.4, Urteil

1C_348/212 E. 2.4 vom 8. Mai 2013). Gerade bei Vier-Augen-Delikten muss es dem Opfer ohne Kostenrisiko möglich sein, einen in dubio pro reo-Freispruch an die nächsthöhere Instanz weiterzuziehen.

Damit wird verhindert, dass die Opferhilfebehörden lange Zeit nach Einleitung eines Rechtsmittelverfahrens Kostenübernahmen für Verfahrens- und Anwaltskosten prüfen und allenfalls leisten müssen. Dies ist aktuell der Fall, wenn Gerichte die ursprünglich gegenüber dem Opfer gewährte unentgeltliche Rechtspflege infolge verbesserter wirtschaftlicher Verhältnisse zurückfordern, was oftmals erst Jahre nach Verfahrensabschluss geschieht.

Antrag 2: Einführung eines neuen Art. 427 Abs. 1^{bis} StPO: Dem Opfer sollen nur unter der Voraussetzung Verfahrenskosten auferlegt werden können, dass es die Einleitung des Verfahrens mutwillig oder grob fahrlässig bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

Antrag 3: Einfügen eines neuen Art. 428 Abs. 2^{bis} StPO: Dem Opfer sollen auch im Rechtsmittelverfahren nur unter der Voraussetzung Verfahrenskosten auferlegt werden können, dass es die Einleitung des Verfahrens mutwillig oder grob fahrlässig bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

b) Rechte von Kindern als Opfer im Strafverfahren

Zweitens wurde im Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes auch Handlungsbedarf bei der Stellung von Kindern als Opfer im Strafverfahren geäußert. Hier wird Folgendes vorgeschlagen:

Mit der Überführung der Opferechte im Strafverfahren in die StPO wurden die im Opferhilfegesetz bestehenden Bestimmungen zur Einvernahme des Kindes (Art. 10c aOHG) geschwächt. Während die speziellen Regeln bei Kindern im aOHG in allen Fällen Geltung fanden, finden sie gemäss Art. 154 Abs. 4 StPO nur noch Anwendung, wenn « *erkennbar ist, dass die Einvernahme oder die Gegenüberstellung für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte.* »

Die Beurteilung, ob die Gegenüberstellung für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte, liegt bei der Staatsanwaltschaft, welche in der Regel jedoch über keine genügende (kinderpsychiatrische) Ausbildung verfügt, um diese Frage seriös abklären zu können.

Antrag 4: Wiederherstellung der Rechte der Kinder im Verfahren in Art. 154 StPO gemäss Art. 10c aOHG.

c) Vergleichsverhandlungen

In der Evaluation des Opferhilfegesetzes (S. 71) wird vor dem Hintergrund von BGE 140 IV 118 darauf hingewiesen, dass das begründete Ausbleiben des Opfers bei Vergleichsverhandlungen nicht als Rückzug gewertet werden soll.

Antrag 5: Ergänzung Art. 316 Abs. 1 StPO: das Einverständnis des Opfers soll Voraussetzung für die Durchführung einer Vergleichsverhandlung sein.

Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des Eidgenössischen Departements
für Justiz EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 9. März 2018

Reg: vne – 8.34

Änderung der Strafprozessordnung: Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Im Namen des Vorstands SODK bedanken wir uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur vorgeschlagenen Änderung der Strafprozessordnung.

Der Vorstand SODK hat die Vorlage an seiner Sitzung vom 9. März 2018 behandelt. Bei seiner Diskussion stützte er sich auf die von der Schweizerische Verbindungsstellen-Konferenz Opferhilfegesetz (SVK-OHG), einer fachtechnischen Konferenz der SODK erarbeitete Stellungnahme. Die SVK-OHG setzt sich zusammen aus Vertretungen der kantonalen Opferhilfestellen, Entschädigungs- und Genugtuungsbehörden und der kantonalen Opferberatungsstellen aus allen Regionen der Schweiz.

Der Vorstand SODK begrüsst die in der Revision vorgesehene Verbesserung der Opferrechte im Strafverfahren ausdrücklich. Eine Justierung im Bereich der Opferrechte ist aus Sicht des Vorstands SODK notwendig und angezeigt, dies zeigte insbesondere auch der Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes von 2015 klar auf. Dieser vom BJ in Auftrag gegebene Bericht basiert auf einer breit abgestützten Studie, welche die Anliegen aller vom Vollzug des OHG betroffenen Akteure berücksichtigt hat (Opferberatungs- und Opferhilfestellen, Entschädigungs- und Genugtuungsbehörden, Opfer und deren Angehörige, Strafvollzugsbehörden, Gerichte, Opferanwältinnen und -anwälte, medizinische Fachleute etc.). Mit der Vorlage wird dem im Evaluationsbericht dargestellten Handlungsbedarf Rechnung getragen und die Praxistauglichkeit klar verbessert.

Der Vorstand SODK unterstützt die Vorlage insbesondere aus folgenden Gründen:

- **Vor Einführung der StPO bestehende Opferrechte werden wiederhergestellt:** Mit der Einführung der Opferrechte (Schutz- und Verfahrensbestimmungen von Art. 34-44 aOHG sowie Art. 10 aOHG) in die StPO und der gleichzeitigen Aufhebung der kantonalen Strafprozessordnungen kam es zu Einschränkungen von Opferrechten. Mit der vorgeschlagenen Revision werden nun Opferrechte wieder eingeräumt, die bis zum Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung in verschiedenen Kantonen (z.B. im Kanton Zürich) bereits existierten. Es geht in der vorgeschlagenen Revision somit nicht generell um die Einführung von neuen Opferrechten, sondern um die Wiederherstellung von vor der Einführung der StPO in vielen Kantonen oder im aOHG bereits bestehenden Opferrechten.
- **Bessere Opferrechte vermindern das Risiko einer erneuten Viktimisierung des Opfers im Verfahren.** Dies ist ein wichtiger Beitrag dazu, dass Opfer überhaupt eine Strafanzeige einreichen. (Im Jahr 2016 kam es nur gerade in knapp der Hälfte der 35'000 Opferberatungsfällen zu einem Strafverfahren.)

- **Die Empfehlungen der Evaluation des Opferhilfegesetzes werden umgesetzt:** Die vorgeschlagenen Änderungen entsprechen den Empfehlungen aus der vom Bundesamt für Justiz durchgeführten Evaluation des Opferhilfegesetzes von 2015. Diese stellte insbesondere einen Handlungsbedarf bei der Stellung des Opfers im Strafbefehlsverfahren fest.
- **Die Revisionsvorschläge führen zu einem Minderaufwand auf Seiten der Opferhilfestellen und der Zivilgerichte:** Ein allfällig durch die Revision verursachter Mehraufwand im Strafverfahren (welcher im Verhältnis zur gesamten Strafverfolgung wohl sehr gering ausfällt) wird durch einen klaren Minderaufwand bei den Opferhilfestellen und den Zivilgerichten bei weitem kompensiert. Die Verbesserung der Opferrechte führt somit gesamthaft zu einer Entlastung bei den kantonalen Stellen.

Der Vorstand SODK weist darauf hin, dass aus der Perspektive von Opfern insbesondere folgende Revisionspunkte von grösster Wichtigkeit sind:

- **Art. 136 Abs. 1^{bis}:** Unentgeltliche Rechtspflege auch für Opfer, die sich nur im Strafpunkt beteiligen.
- **Art. 352 Abs. 1:** Herabsetzung der Schwelle für Ausschluss des Strafbefehlsverfahren.
- **Art. 353 Abs. 2:** Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren (unabhängig von der Anerkennung durch die beschuldigte Person).

Unsere ausführlichen Bemerkungen und Änderungsanträge zu den einzelnen Bestimmungen finden Sie in der Beilage.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

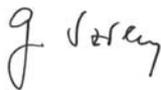
Im Namen des Vorstands SODK

Der Präsident



Martin Klöti
Regierungsrat

Die Generalsekretärin



Gaby Szöllösy

Beilage: Ausführliche Bemerkungen und Anträge zu den einzelnen Bestimmungen.