

Schweizerisches Strafprozessrecht

3., überarbeitete Auflage

Mark Pieth

Schweizerisches Strafprozessrecht

3., überarbeitete Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3778-9

© 2016 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Vorwort

Die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung führt zu einer erfreulichen Vielfalt an Literatur und Entscheidungen. Allerdings weist nicht alles, was geschrieben wird, den gleichen Originalitätsgrad auf. Das Anliegen dieses Buches ist es, eine konzise und zugleich prononcierte Ergänzung zum vielfach unkritisch Dargestellten zu präsentieren. Sie ist sowohl für Studierende wie für Praktiker von Interesse. In der dritten Auflage sind sowohl die wichtigsten Passagen der Kommentierungen, Lehrbücher und Aufsätze sowie die inzwischen zahlreichen leading cases eingearbeitet.

Für Ihre Arbeit an der dritten Auflage schulde ich insbesondere Frau Rebekka Gigon sowie Frau Sahra Fend, Herrn Stefan Mbiyavanga und Frau Marlen Schultze Dank.

Bedanken möchte ich mich auch bei Frau Livia Willi vom Helbing Lichtenhahn Verlag für die umsichtige Betreuung des Publikationsprogrammes.

Mark Pieth

Basel, Mai 2016

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Literaturverzeichnis	XXI
Materialien	XXV
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
I Einleitung	1
1. Justizgewährleistungspflicht und justizförmiges Verfahren	2
2. Tatverdacht und Korrektive	3
3. Ein Verfahren für den Alltag?	6
4. Ein Ausnahmeverfahren für «Makrokriminalität»?	7
II Wie entsteht ein Straffall?	13
1. Eine hypothetische Fallgeschichte	13
2. Der Prozessverlauf	17
a) Das Vorverfahren	17
b) Das Haupt- und das Rechtsmittelverfahren	18
3. Rechtsquellen	19
III Geschichte	21
1. Vorstaatliches Strafrecht	22
2. Das Inquisitionsverfahren	23
a) Die historische Entwicklung	23
aa) Die Rezeptionsgeschichte	23
bb) Die Carolina (1532)	24
cc) Die Praxis zur Carolina	26
b) Der «inquisitorische» Prozess	27
aa) Der rechtspolitische Inquisitionsbegriff	28
bb) Der neutrale Begriff des «Inquisitionsprinzips»	28
3. Naturrecht und Aufklärung	29
a) Die Entwicklung	29

aa)	Hintergrund	29
bb)	Die Reformbewegung	30
cc)	Die Entwicklung in der Schweiz	31
b)	Der «reformierte Parteienprozess»	32
4.	Die Vereinheitlichung des Schweizer Prozessrechts	32
a)	Gesetzgebungsgeschichte	32
b)	Rechtspolitischer Kontext der Reformvorlage	34
IV	Prozessmaximen	37
1.	Konsequenzen des staatlichen Strafmonopols	40
a)	Die Offizialmaxime (Art. 2 und Art. 7 StPO)	40
b)	Das Legalitäts- und das Opportunitätsprinzip (Art. 7 und Art. 8 StPO)	41
c)	Der Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 StPO)	43
2.	Maximen zur Sicherung der Gewaltenteilung	44
a)	Der Akkusations- und der Immutabilitätsgrundsatz (Art. 9 StPO)	44
b)	Die richterliche Unabhängigkeit (Art. 4 StPO)	46
aa)	Der gesetzliche Richter	46
bb)	Der unabhängige Richter	47
cc)	Der unparteiische Richter	48
dd)	Das Ausstandsverfahren	48
c)	Das unmittelbare, mündliche und öffentliche Hauptverfahren	49
aa)	Unmittelbarkeit (Art. 343 StPO)	49
bb)	Mündlichkeit – Schriftlichkeit (Art. 66 ff., Art. 100 StPO)	51
cc)	Öffentlichkeit (Art. 69 ff. StPO)	52
3.	Die Subjektstellung der Prozessparteien	53
a)	Der Autonomieanspruch	55
aa)	Die Unschuldsvermutung (Art. 10 StPO)	55
bb)	Das Aussageverweigerungsrecht (Art. 113 Abs. 1 StPO)	56
b)	Das rechtliche Gehör und die Waffengleichheit	57
aa)	Das rechtliche Gehör (Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 StPO)	57
bb)	Die Waffengleichheit (Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO)	59
c)	Das Beschleunigungsgebot (Art. 5 StPO)	60
d)	«Ne bis in idem» (Art. 11 StPO)	60

V	Die Behördenorganisation	63
1.	Grundsatzfragen	64
a)	Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen (Art. 14 StPO)	64
b)	Die Strafverfolgungsbehörden im Überblick (Art. 12 StPO)	65
c)	Das «Staatsanwaltschaftsmodell»	65
d)	Die Gerichte im Überblick (Art. 13 StPO)	66
2.	Die Strafverfolgungsbehörden im Detail	66
a)	Die Polizei	66
aa)	Prävention und Repression	66
bb)	Selbständige Polizeitätigkeit	67
cc)	Unselbständige Polizeitätigkeit	69
dd)	Die Aufgaben der Kriminalpolizei im Detail	69
b)	Die Staatsanwaltschaft	70
aa)	Die Aufgaben	70
bb)	Fragen der Untersuchungseröffnung	71
cc)	Die Aufsicht	71
c)	Weitere Strafverfolgungsbehörden	73
3.	Die Gerichte	73
a)	Das Zwangsmassnahmengericht (Art. 18 StPO)	73
b)	Das erstinstanzliche Gericht (Art. 19 StPO)	74
c)	Die Rechtsmittelinstanzen (Art. 20 und Art. 21 StPO; BGG)	74
4.	Wahl- und Ausstandsfragen	75
a)	Volkswahl der Richter?	75
b)	Ausstand und Ablehnung	77
5.	Zuständigkeit	77
a)	Die örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand, Forum)	77
b)	Die sachliche Zuständigkeit	78
c)	Die funktionelle Zuständigkeit	79
d)	Nationale und internationale Rechtshilfe	79
VI	Die beschuldigte Partei	81
1.	Die Emanzipation des Beschuldigten	85
2.	Die beschuldigte Person als Beweismittel	86
a)	Der Begriff der beschuldigten Person	86
b)	Pflichten der beschuldigten Person	88
3.	Die beschuldigte Person als Prozessbeteiligte	89
a)	Die Informationsrechte	89
aa)	Die Information über die Anschuldigung (Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO)	90

bb)	Die Rechtsbelehrung (Art. 143 Abs. 1 lit. c und Art. 158 Abs. 1 lit. b–d StPO)	91
cc)	Das Recht auf Akteneinsicht	92
b)	Der Anspruch auf formelle Verteidigung	94
aa)	Die Funktion der Verteidigung	94
bb)	Der «Verteidiger der ersten Stunde»	96
cc)	Die Verteidigerrechte	98
(1)	Der ungehinderte Zugang der Verteidigung zur beschuldigten Person	98
(2)	Die Teilnahme der Verteidigung an der Beschuldigten-einvernahme	99
(3)	Weitere Verteidigungsrechte	99
dd)	Die Formen der Verteidigung	100
(1)	Selbstverteidigung – Wahlverteidigung	100
(2)	Notwendige Verteidigung	100
(3)	Amtliche Verteidigung	101
c)	Aktive Partizipationsrechte der beschuldigten Person	104
aa)	Das Teilnahmerecht der beschuldigten Person bei Beweis-erhebungen	104
bb)	Das Beweisantragsrecht	108
cc)	Das Recht, Beweise zu präsentieren	109
VII	Die geschädigte Partei	111
1.	Die Wiederentdeckung des Opfers	112
2.	Die Begriffe: Geschädigter, Opfer, Privatklägerschaft	114
3.	Die besondere Stellung des Opfers	116
4.	Die Privatklägerschaft	117
a)	Die Strafklage (Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO)	118
aa)	Parteirechte	118
bb)	Rechtsmittel	119
b)	Das Adhäsionsverfahren (die Zivilklage)	119
aa)	Motive und Prinzip	119
bb)	Das Verfahren	120
cc)	Entscheidungszwang?	121
dd)	Rechtsmittel	122
VIII	Zwangsmassnahmen	125
1.	Einführung	130
a)	Definition und Ziele	130
b)	Allgemeine Schranken	131

c) Der Tatverdacht	132
d) Zwangsmassnahmen und die Unschuldsvermutung?	134
e) Die Zwangsmassnahmen nach StPO	135
f) Zuständigkeit	135
2. Vorladung, Vorführung und Fahndung	136
a) Vorladung (Art. 201 ff. StPO)	136
b) Vorführung (Art. 207 ff. StPO)	136
c) Fahndung (Art. 210 f. StPO)	137
aa) Lokal	137
bb) International	137
3. Polizeiliche Anhaltung und vorläufige Festnahme	138
a) Die polizeiliche Anhaltung (Art. 215 f. StPO)	138
b) Die vorläufige Festnahme (Art. 217 ff. StPO)	138
4. Die Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 220 ff. StPO)	140
a) Das materielle Haftrecht	141
aa) Der dringende Tatverdacht	141
bb) Die besonderen Haftgründe	141
(1) Fluchtgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO)	142
(2) Kollusionsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO)	142
(3) Fortsetzungs- oder Wiederholungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO)	143
(4) Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO)	144
(5) Weitere Haftgründe?	145
cc) Die Verhältnismässigkeit der Haft	145
b) Das formelle Haftrecht	147
aa) Die Haftanordnung (Art. 224–226 StPO)	147
bb) Das Haftverlängerungsverfahren (Art. 227 StPO)	149
cc) Das Haftentlassungsverfahren (Art. 228 StPO)	149
d) Der vorzeitige Strafantritt (Art. 236 StPO)	150
e) Sicherheitshaft	150
5. Weitere offene Zwangsmassnahmen	151
a) Durchsuchungen und Untersuchungen (Art. 241–259 StPO)	151
aa) Die Hausdurchsuchung (Art. 244 f. StPO)	151
bb) Die Durchsuchung von Aufzeichnungen und Daten- trägern (Art. 246–248 StPO)	152
cc) DNA-Analysen (Art. 255–259 StPO)	153
b) Beschlagnahme (Art. 263–268 StPO) und ähnliche Massnahmen	156
aa) Beschlagnahme	156
bb) Kontosperr	158

cc) Bankabfrage	159
dd) Zufallsfunde	160
6. Geheime Zwangsmassnahmen	160
a) Einführung	160
b) Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269–279 StPO)	162
aa) Voraussetzungen der TK bei Beschuldigten und Dritten	163
bb) Das Genehmigungsverfahren	166
cc) Mitteilung und Nachkontrolle	166
dd) Nichtgenehmigte Überwachung und Zufallsfunde	167
(1) Nichtgenehmigte Überwachung	167
(2) Zufallsfunde	167
c) Weitere geheime Überwachungsmassnahmen	168
aa) Die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 280 f. StPO)	168
bb) Die Observation (Art. 282 f. StPO)	169
cc) Die Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 284 f. StPO)	169
dd) Fahndung im Internet	170
d) Verdeckte Ermittlung und verdeckte Fahndung (Art. 285a–298d StPO)	171
aa) Ziele und Rechtfertigung	171
bb) Gesetzgebungsgeschichte	173
cc) Verdeckte Ermittlung	175
(1) Anordnung der verdeckten Ermittlung	175
(a) Definition	175
(b) Materielle Voraussetzungen	175
(c) Formelle Voraussetzungen	176
(2) Durchführung der verdeckten Ermittlung	176
(3) Verwertung der Befunde	177
(a) Verdecktes Verhör	177
(b) Grenzen zulässiger Einwirkung	178
(c) Einführung der Aussage des verdeckten Ermittlers in den Prozess	179
(d) Zufallsfunde	180
(4) Nachträgliche Mitteilung	180
dd) Verdeckte Fahndung	180
(1) Definition	180
(2) Voraussetzungen	181
(3) Verfahren	181
(4) Kritischer Befund	181

IX	Beweisrecht	183
A.	Allgemeiner Teil	185
1.	Der Beweisvorgang	185
2.	Die Beweismittel	186
a)	Direkter und indirekter Beweis	186
b)	Personal- und Sachbeweis	186
c)	Numerus clausus der Beweismittel?	187
d)	Beweisbedürftigkeit	188
e)	Staatliche Beweisführung	189
3.	Die Beweisverbote	190
a)	Beweiserhebungsverbote	190
b)	Beweisverwertungsverbote	190
aa)	Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften	191
bb)	Zwei Kategorien von Gültigkeitsvorschriften	191
(1)	Absolut wirkende Verwertungsverbote	192
(2)	Bloss relative Verwertungsverbote?	194
cc)	Private Beweisgewinnung?	195
dd)	Rechtsfolge	196
ee)	Beweisverbote bei transnationalen Fällen?	197
4.	Entfallen die Beweisverbote eine Fernwirkung?	198
B.	Besonderer Teil: Die Beweismittel	200
1.	Der Personalbeweis	200
a)	Die beschuldigte Person	200
b)	Der Zeugenbeweis (Art. 162–181 StPO)	202
aa)	Der Begriff	202
bb)	Zeugenpflichten	202
cc)	Zeugnisverweigerungsrechte	203
(1)	Persönliche Beziehungen (Art. 168 StPO)	203
(2)	Der Schutz eigener Interessen beziehungsweise von Interessen nahestehender Personen (Art. 169 StPO)	204
(3)	Der Schutz des Amtsgeheimnisses (Art. 170 StPO)	204
(4)	Der Schutz des Berufsgeheimnisses (Art. 171 StPO)	205
(5)	Die Behandlung weiterer Berufsgeheimnisse (Art. 172 und Art. 173 StPO)	206
dd)	Anspruch auf Schutz und Entschädigung	207

ee)	Die Zeugeneinvernahme	207
ff)	Der Kronzeuge?	208
c)	Die Auskunftsperson (Art. 178–181 StPO)	208
aa)	Begriff und Abgrenzung	208
bb)	Pflichten der Auskunftsperson	209
cc)	Sonderfall Unternehmenshaftung	210
dd)	Einvernahme der Auskunftsperson	211
d)	Der Sachverständigenbeweis (Art. 182–191 StPO)	212
aa)	Begriff und Anwendungsfeld	212
bb)	Auswahl und Bestellung	213
cc)	Ausarbeitung, Erstattung und Würdigung des Gutachtens	214
2.	Der Sachbeweis	215
a)	Der Augenschein (Art. 193 StPO)	215
b)	Der Urkundenbeweis (Art. 192 Abs. 2 StPO)	215
X	Vorverfahren	217
1.	Einleitung	218
2.	Die Eröffnung des Vorverfahrens	219
3.	Ein «Vorermittlungsverfahren»?	220
4.	Das polizeiliche Ermittlungsverfahren	221
a)	Zum Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft	221
b)	Polizeikompetenzen	223
5.	Das staatsanwaltliche Untersuchungsverfahren	223
a)	Die Eröffnung der Voruntersuchung	224
b)	Die Durchführung der Untersuchung	225
c)	Abschluss der Untersuchung	226
6.	Die Einstellung des Verfahrens	227
7.	Die Anklageerhebung	228
XI	Hauptverfahren	231
1.	Zur Funktion des Hauptverfahrens	232
2.	Unmittelbares Hauptverfahren?	233
3.	Die Vorbereitung der Hauptverhandlung	235
a)	Rechtshängigkeit und Prüfung der Anklage	235
b)	Technische Vorbereitungen	237
c)	Die Entscheidung von Beweisanträgen	237
4.	Die Durchführung der Hauptverhandlung	238
a)	Die Eröffnungsphase	238
b)	Das Beweisverfahren	239
c)	Die Parteivorträge	241

d) Die Urteilsberatung	242
e) Die Urteilsöffnung	243
XII Besondere Verfahren	245
1. Übersicht	248
2. Der Trend zum Schnellverfahren	248
3. Das Strafbefehlsverfahren (Art. 352 ff. StPO)	251
a) Die Bedeutung	251
b) Anwendungsbereich	251
c) Zuständigkeit	252
d) Verfahren und Problematik	253
e) Einsprache	254
f) Verzicht auf oder Rückzug der Einsprache	255
4. Das abgekürzte Verfahren (Art. 358 ff. StPO)	255
a) Die Motivation zur gesetzlichen Regelung	255
b) Das Verfahren	256
aa) Die Voraussetzungen	256
bb) Der Antrag	256
cc) Der Entscheid des Staatsanwalts	257
dd) Das Verfahren vor der Staatsanwaltschaft	257
ee) Das Hauptverfahren	258
ff) Scheitern des abgekürzten Verfahrens	259
gg) Rechtsmittel	259
c) Einschätzung	260
5. Das Unternehmensstrafverfahren	262
a) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens	262
b) Zur Geltung der Prozessmaximen	263
c) Anwendbares Recht und Gerichtsstand	264
d) Die Beschuldigtenstellung	264
aa) Die Bestellung der Vertretung des Unternehmens	264
bb) Die Wahrnehmung der Vertretung des Unternehmens	266
e) Beweisrecht	267
aa) Personallbeweis	267
(1) Organe und persönliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter	267
(2) Weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Unternehmens	267
(3) Das Unternehmen als «Zeuge»	267
bb) Sachbeweis und Zwangsmassnahmen	268

(1) Urkundenbeweis, Hausdurchsuchung und Beschlagnahme	268
(2) Massnahmen gegen «Fluchtgefahr»?	268
f) Absprachen im Unternehmensstrafverfahren	269
6. Selbständiges Einziehungsverfahren (Art. 376 ff. StPO)	270
a) Ausgangslage	270
b) Zuständigkeit und Gerichtsstand	271
c) Verfahren	272
aa) Vorprüfung und Einziehungsbefehl	272
bb) Einsprache und Gerichtsverfahren	272
cc) Ausnahmsweise Umkehr der Beweislast	272
7. Abwesenheitsverfahren	273
 XIII Kosten- und Entschädigungsrecht	 277
1. Grundfragen	278
2. Das Kostenrecht	279
a) Die Kosten der Strafjustiz	279
b) Die Kostentragungspflicht	280
aa) Die Kostentragungspflicht verurteilter Beschuldigter	280
bb) Die Situation der beschuldigten Person bei Freispruch oder Einstellung	281
(1) «Prozessuales Verschulden i.w.S.»	282
(2) «Prozessuales Verschulden i.e.S.»	283
cc) Die Kostentragung im Rechtsmittelverfahren	284
dd) Schuldunfähigkeit und Tod	286
ee) Zur Problematik der Officialverteidigung	286
ff) Die Kostentragungspflicht von Privatklägern, Anzeige- erstattern und Dritten	287
3. Entschädigung und Genugtuung	287
a) Die beschuldigte Person: das Prinzip	287
b) Entschädigung bei Freispruch und Einstellung des Verfahrens	287
c) Entschädigung des Beschuldigten trotz Verurteilung?	288
d) Entschädigungsrecht der Privatklägerschaft gegenüber dem Beschuldigten	289
e) Entschädigung Dritter	289
4. Verfahren	289
a) Der Kostenentscheid	289
b) Der Entschädigungsentscheid	290
c) Rechtsmittel gegen Kosten- und Entschädigungsentscheide	290

XIV Rechtsmittel	293
1. Einführung	294
a) Rechtssicherheit und Gerechtigkeit	294
b) Die Charakterisierung der Rechtsmittel	295
c) Allgemeine Voraussetzungen	296
aa) Die Legitimation (Art. 381 und Art. 382 StPO)	296
bb) Dispositionsmaxime	297
2. Rechtsmittel gemäss Strafprozessordnung	298
a) Die Beschwerde (Art. 393 ff. StPO)	298
aa) Das Anfechtungsobjekt	298
(1) Beschwerde gegen polizeiliche Verfahrenshandlungen	299
(2) Beschwerde gegen staatsanwaltliche Verfahrenshandlungen	299
(3) Beschwerden gegen Verfahrenshandlungen des Zwangsmassnahmengerichts?	300
(4) Beschwerden gegen Verfahrenshandlungen erstinstanzlicher Gerichte	301
bb) Der Anfechtungsgrund	302
cc) Verfahren	302
b) Die Berufung (Art. 398 ff. StPO)	303
aa) Das Anfechtungsobjekt	303
bb) Der Anfechtungsgrund und die Kognition	304
cc) Das Verfahren	304
c) Die Revision (Art. 410 ff. StPO)	306
aa) Das Anfechtungsobjekt	306
bb) Die Revisionsgründe	307
(1) «Revisio propter nova»	307
(2) «Revisio propter falsa»	308
(3) Sich widersprechende Urteile	308
(4) EMRK-Konformität	308
cc) Verfahren	308
3. Rechtsmittel gemäss Bundesgerichtsgesetz	310
a) Die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht	310
aa) Vorbemerkung	310
bb) Charakterisierung	310
cc) Voraussetzungen	310
(1) Anfechtungsobjekt	310
(a) Endentscheide	310
(b) Vor- und Zwischenentscheide	311

(2) Anfechtungsgründe	312
(3) Legitimation	313
dd) Verfahrensfragen	314
(1) Die Beschwerde	314
(2) Der Verfahrensverlauf	314
(3) Der Entscheid	314
b) Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht	314
4. Die Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	315
Sachregister	317

Literatur *Albrecht, P.*, Die Strafjustiz wird immer autoritärer, plädoyer 2014, 15 ff.; *ders.*, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), Bern 2007; *Albrecht, P.A.*, Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2. Aufl., Berlin 2006; *Arzt, G.*, Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, FS Peters, Tübingen 1974, 223 ff.; *Besozzi, C.*, Organisierte Kriminalität: Synthese der Forschungsprojekte, in: Pieth et al. (Hrsg.), Gewalt im Alltag und organisierte Kriminalität, Bern 2002, 71 ff.; *Cesoni, M.L.*, Criminalité Organisée, des représentations sociales aux définitions juridiques, Paris et al. 2004; *Egli, I.*, Protokollierungsvorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung – ein Plädoyer für die Revision, AJP 2012, 627 ff.; *Erni, L.*, Die Verteidigungsrechte in der Eidgenössischen Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», ZStrR 2007, 219 ff.; *Estermann, J.*, Organisierte Kriminalität in der Schweiz mit Beiträgen von Rahel Zschokke [et al.], Luzern 2002; *Falcone, G./Padovani, M.*, Inside Mafia, 3. Aufl., München 1992; *Godenzi, G.*, Strafbare Beteiligung am kriminellen Kollektiv. Eine Explikation von Zurechnungsstrukturen der Banden-, Organisations- und Vereinigungsdelikte, Bern 2015; *Hassemer, W.*, Innere Sicherheit im Rechtsstaat, StV 1993, 664 ff.; *ders.* 1990, 115 ff.; *Hauser/Schweri/Hartmann* 2005, 1 ff.; *Hess, H.*, Mafia, Zentrale Herrschaft und lokale Gegenmacht, 3. Aufl., Tübingen 1988; *Hettinger, M.*, Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart: Versuch einer kritischen Bestandsaufnahme, Heidelberg 1997; *Jäger, H.*, Makrokriminalität – Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, Frankfurt a.M. 1989; *Jakobs, G.*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004; *Kinzig, J.*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, Berlin 2004; *Krauß, D.*, Vom Bürgerstrafrecht zum Feindstrafrecht?, in: Uwer, T. (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe, Leben im Feindrechtsstaat, Berlin 2006, 79 ff. (zit. Krauß 2006); *ders.*, Strafverteidigung – wohin?, recht 1999, 117 ff.; *ders.*, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, recht 1986, 73 ff.; *ders.*, Rechtsstaat und Strafprozess im Vergleich, in: Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985; *ders.*, Zur Reform der Baselstädtischen Strafprozessordnung, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, FS Eichenberger, Basel 1982, 757 ff.; *Meyer, J./Ruckstuhl, N.*, Bemerkungen zu ausgewählten Problem Punkten im Entwurf zu einer eidgenössischen Strafprozessordnung vom Juni 2001, Anwaltsrevue 9/2002, 6 ff.; *Müller, P.*, Die politische Macht der Mafia, Frankfurt a.M. 1991; *Naucke, W.*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt a.M. 1996; *Noll* 1977, 1 ff.; *Niggli, M.A.*, Strafrecht: Von der Repression zur Prävention, plädoyer 2014, 28 ff.; *Oberholzer, N.*, Die Wahl des Verfahrens und das gerechte Urteil, plädoyer 2015, 13 ff.; *ders.* 2012, 3 ff.; *Passas, N.*, Globalization, Criminogenic Asymmetries and Economic Crime, EJLR 1998/99, 399 ff.; *Peters* 1985, 21; *Pieth, M.*, Strafrechtsgeschichte, Basel 2015; *ders.*, Spart die Schweiz im Strafprozessrecht den Richter ein?, in: Strafprozessrecht im Wandel, FS Miklau, Innsbruck et al. 2006, 383 ff. (zit. Pieth 2006a); *ders.*, Criminalizing the Financing of

Terrorism, JICJ 2006, 1072 ff. (zit. Pieth 2006b); *ders.*, Von der Inquisition zum Sicherheitsstaat: ketzerische Gedanken zur aktuellen Strafprozessreform, AJP 2002, 626 ff. (zit. Pieth 2002a); *ders.*, Vom Inquisitionsprozess direkt zum postmodernen Kontrollmodell?, in: FS Trechsel, Zürich 2002, 415 ff. (zit. Pieth 2002b); *ders.*, Bedingte Freiheit, Basel 2001; *ders.*, Situationsbericht für die Schweiz, in: Meyerhofer, C./Jehle, J.M. (Hrsg.), Organisierte Kriminalität, Lagebilder und Erscheinungsformen; Bekämpfung und rechtliche Bewältigung, Heidelberg 1996, 33 ff.; *ders.*, Strafverteidigung – wozu?, Standpunkte Kontrovers, Heft 4, Basel 1986; *ders.*, Der Beweisanspruch des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1984; *Piquet, C./Dyens, A.*, Konnte mit der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung tatsächlich eine Stärkung der Verteidigungsrechte bewirkt werden?, Anwaltsrevue 2015, 365 ff.; *Piquerez/Macaluso* 2011, 2 ff.; *Ruckstuhl* 2007, 2 ff.; *ders.*, Das Strafverfahren nach dem Vorentwurf zu einer eidgenössischen Strafprozessordnung vom Juni 2001, Anwaltsrevue 5/2002, 6 ff.; *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold* 2011, 3 ff.; *Schmid* Handbuch 2013, 1 ff.; *ders.* 2004, 1 ff.; *ders.*, «Anwalt der ersten Stunde», in: FS Trechsel, Zürich 2002, 745 ff.; *Thommen, M.*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013; BSK StPO-Straub/Weltter 2014, Art. 2; *Trepp, G.*, Swiss Connection, Zürich 1996; *Vest, H.*, «Organisierte Kriminalität» – Überlegungen zur kriminalpolitischen Institutionalisierung eines Begriffs, ZStrR 1994, 121 ff.; *Wolter, J.*, Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, Wolter, J. (Hrsg.), Neuwied et al. 1995, 267 ff.; *Zerbes, I.*, Spitzeln, Spähen, Spionieren. Sprengung strafprozessualer Grenzen durch geheime Zugriffe auf Kommunikation, Wien 2010.

1. Justizgewährleistungspflicht und justizförmiges Verfahren

Im Strafprozessrecht geht es um die Durchsetzung des materiellen Strafrechts unter Respektierung der Menschenwürde der Betroffenen. Hinter dieser und ähnlichen Formulierungen¹ verbirgt sich ein anspruchsvolles Programm: Mit der Entstehung der Nationalstaaten in Europa ging die Verstaatlichung der Justiz einher. Im **staatlichen Justizmonopol** kommt die Verantwortungsübernahme für die Rechtssicherheit zum Ausdruck: Der Bürger hat Anspruch darauf, dass dem Verdacht auf Straftaten nachgegangen wird (auf Ausnahmen im Bagatellbereich ist zurückzukommen²), dass allfällige Schuld festgestellt sowie die Strafziele verwirklicht werden und dass der Rechtsfriede (wieder)hergestellt wird³. Wie sehr der Ausfall der **Justizgewährleistungsfunktion** die öffentliche Ordnung in Frage stellt, illustrieren in unserem Alltag Fälle, in denen etwa Verfahren gegen Sexualdelinquenten oder Autoraser nicht mit der erwarteten Energie verfolgt werden. Aber auch die Vorstellung, dass Wirtschaftsdelinquenten, wenn sie nur raffiniert genug vorgehen, die Justiz überfordern⁴, stellt

1 Vgl. etwa Hassemer 1990, 119; Hauser/Schweri/Hartmann 2005, 2; Oberholzer 2012, 3; Piquerez/Macaluso 2011, 2 ff.; Riklin StPO Kommentar 2014, Art. 2 N 1; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold 2011, 3; Schmid Handbuch 2013, 1; BSK StPO-Straub/Weltter 2014, Art. 2 N 1.

2 Siehe unten S. 41 f.

3 Schmid 2004, 1.

4 Pieth 2016.

die Befriedungsfunktion von Strafrecht schnell in Frage. Schliesslich illustriert die Hoffnungslosigkeit der Bevölkerung, insbesondere in Staaten der Dritten Welt, angesichts der verbreiteten Straflosigkeit von Tätern, die sich bei einer korrupten Justiz von Strafverfolgung freikaufen können («*impunidad*»⁵), die Bedeutung der Justizgewährleistungspflicht für die Stabilität einer Gesellschaft.

Allerdings ist es für das Verständnis des modernen Strafprozesses fundamental, dass das Verfahren regelgeleitet, das heisst «**justizförmig**»⁶ abläuft. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass sich im Strafprozess staatliche Macht manifestiere, und dass ihr eine Missbrauchsgefahr inhärent sei. Justizförmigkeit dient daher nicht nur dem Schutz des Individuums, in ihr kommt auch das rechtsstaatliche Gemeininteresse an der Begrenzung staatlicher Macht zum Ausdruck⁷.

Wie aber ist mit dem ambivalenten Auftrag umzugehen, Schuld abzuklären und Unschuldige (und bis zur rechtskräftigen Verurteilung auch möglicherweise Schuldige) zu schützen? Wie soll man zugleich zügig und seriös verfahren? Dieses Dilemma kann gar nicht ernst genug genommen werden. Eine schlichte Aufforderung, die Interessen doch auszugleichen⁸, ist jedenfalls dann ungenügend, wenn diese Aufgabe den Behörden im Einzelfall übertragen wird: Strafprozessrecht muss abstrakte, gesetzlich⁹ «*prästabilisierte*»¹⁰ Lösungen bereitstellen. Dabei versteht sich, dass «*die Verwirklichung von Strafrecht nicht die einzige Aufgabe des Staates*» ist¹¹.

2. Tatverdacht und Korrektive

Traditionellerweise dient das Strafrecht der Aufarbeitung vergangenen Unrechts. Ausgangspunkt des Strafprozesses ist der Tatverdacht (wir werden sehen, dass diese scheinbare Selbstverständlichkeit in neuerer Zeit in Frage gestellt worden ist, etwa durch den Haftgrund der Ausführungsgefahr¹², die Massen-DNA-Untersuchung¹³ oder auch die Verwertung von Zufallsfunden¹⁴).

Auch der klassischen Verdachtsklärung wohnt aber eine Tendenz inne, die Hypothese allzu bald zum Endergebnis zu erheben. Solange das kommunikative Element im Prozess nicht sichergestellt wird, führt der «*hermeneutische Zirkel*» zu einer

5 Z.B. Mexiko: La Vanguardia vom 22.8.2008, 3: «*Cumbre nacional contra la impunidad.*»

6 Gless 2007, 408; Peters 1985, 21; Riklin StPO Kommentar 2014, Vorbem. Art. 1–11 N 5.

7 Albrecht, P.A. 2006, 112.

8 Piquerez/Macaluso 2011, 7 f.

9 Krauß 1985, 174.

10 Pieth 1984, 349 ff.

11 Noll 1977, 12; Seelmann/Geth 2016, 20, Rz. 46.

12 Siehe unten S. 144 f.; Art. 221 Abs. 2.

13 Siehe unten S. 153 ff., 155; Art. 256.

14 Siehe unten S. 167 f.; Art. 278.

laufenden Festigung der Behördenperspektive und unter Umständen zu einem «**kurzen Prozess**»¹⁵.

Über die Jahrhunderte sind daher eine Reihe von Sicherungsmassnahmen entwickelt worden, die als **Korrektive** einen allzu kurzen Prozess verhindern sollen.

Bereits das ausgehende Mittelalter hat mit der staatlichen Verantwortungsübernahme für die Strafjustiz zwei wichtige Beiträge geleistet: Damit Justiz nicht länger Privatsache oder Sache der Sippe war, wurde den Behörden die Verantwortung zur Findung der **materiellen Wahrheit** übertragen. Es entspricht aber derselben Idee, dass sie prinzipiell nur auf Verdacht hin tätig wurden. Wie wir sehen werden, ist diese Fokussierung auf das «göttliche Interesse» an der Findung der wirklichen Wahrheit für das Verständnis des Prozesses der frühen Neuzeit fundamental. Die Vorstellungen der Wahrheit um 1500 waren dabei noch recht schlicht: Als Wahrheit galt, was man als Behördenmitglied zu sehen glaubte, was wir heute als die «*Korrespondenztheorie der Wahrheit*» bezeichnen¹⁶. Erst allmählich wurde erkannt, dass die intersubjektive Überprüfbarkeit («*Konkordanztheorie der Wahrheit*») und damit auch die Herstellungsbedingungen von Wahrheit von Bedeutung waren¹⁷.

In einem nächsten historischen Schritt wurde die Unterteilung des Verfahrens in Phasen und damit die **Gewaltenteilung** als entscheidender Schutzmechanismus eingeführt. Die Geschichte im Einzelnen ist recht wechselhaft¹⁸. Hier geht es vorerst darum festzuhalten, dass die Trennung des Vorverfahrens vom Hauptverfahren und die Einführung des Staatsanwalts und des unabhängigen Richters eine zentrale Bedeutung als Korrektive des allzu schnellen Verfahrens darstellten. Weiter wurden innerhalb des Vorverfahrens die polizeiliche Ermittlung und die juristische Analysefunktion unterschieden (Staatsanwalt respektive Untersuchungsrichter). Später trat eine richterliche Anordnungscompetenz für schwere Zwangsmassnahmen hinzu. Entscheidend für die Einführung der Gewaltenteilung ist das Prinzip, dass das unabhängige Gericht den Fall nicht von sich aus an die Hand nehmen darf. Eine Anklageschrift legt den Prozessgegenstand fest und befasst den Richter (analog dazu wird im französisch-rechtlichen Verfahren bereits der Untersuchungsrichter vom Staatsanwalt mit der sogenannten «*saisine*» befasst; die «*saisine*» begrenzt zugleich seine Zuständigkeit¹⁹).

Zum Schutz der Menschenwürde, aber auch zur Sicherung der Entscheidungsfindung nahm man allmählich Abstand von besonders invasiven Verhörmethoden. Das **Verbot der Folter, der Drohung und der Täuschung** markierte einen ent-

¹⁵ Im Detail dazu Krauß 1999, 119 ff.; ders. 1982, 758 f.; Pieth 1986, 33 ff.; ders. 1984, 12 ff.; vgl. auch Thommen 2013, passim.

¹⁶ Hassemer 1990, 131.

¹⁷ Ebd.; Pieth 2015, 26, 66 f.

¹⁸ Siehe unten S. 21 ff.

¹⁹ Siehe unten S. 29 ff.

scheidenden Schritt in Richtung auf ein modernes Verfahren hin, selbst wenn diese Grundregeln auch heute noch nicht völlig ausser Anfechtung stehen²⁰. Weiter wurde die Anordnung von **Beweis- und Zwangsmassnahmen** an Regeln gebunden und jedenfalls die grössten Verletzungen wurden mit Unverwertbarkeit sanktioniert.

Fundamental für die Entstehung des Prozesses, wie wir ihn heute kennen, war sodann die Ergänzung der Schutzrechte durch aktive Mitwirkungsrechte der Parteien. Prozess setzt «*szenisches Verstehen*»²¹, **Kommunikation** und Partizipation voraus. Für die beschuldigte Person ist elementar, dass sie mit Hilfe aktiver Mitwirkung (unterstützt durch professionelle Verteidigung) die reale Chance hat, eine unter Umständen beweisgestützte Gegenhypothese zum Verdacht zu präsentieren²². Zur Mitwirkung ist sie nicht verpflichtet («*nemo tenetur se ipsum accusare*»), den Staat trifft die Beweislast, Mitwirkung ist aber eine wichtige Option. Das hat man erst vor Kurzem auch für den Geschädigten erneut erkannt und seine Partei- und Schutzrechte ausgebaut²³.

Alle diese Elemente (Verdacht als Stimulus des Verfahrens und die erwähnten Korrektive) können nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Prozess mit grossen Unsicherheiten behaftet ist. Letztlich müssen die Richter auf Grund ihrer inneren Überzeugung entscheiden, auch wenn sie das Urteil zu begründen haben (freie Beweiswürdigung). Als weiterer Schutzmechanismus wurde daher ein ausgeklügeltes System von **Rechtsmitteln** geschaffen. Auf der ersten Ebene (Berufung) lässt es noch eine vollständige Kontrolle des richterlichen Ermessens zu; je weiter man sich aber von der ersten Instanz entfernt, desto stärker werden die Rechtsmittel auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt²⁴.

Eine zusätzliche Sicherung versprach sich der aufgeklärte Staat von der **Transparenz** (Öffentlichkeit) und damit von der Kontrolle durch die Medien und die Öffentlichkeit (die «vierte Gewalt»). Es wird noch die Rede davon sein, dass die Schutzwirkung der (Medien-)Öffentlichkeit, durchaus zu Recht als ambivalent empfunden wird.

In ein *Diagramm* übertragen ergibt sich folgendes Bild der Kräfte und Gegenkräfte:

²⁰ Vgl. die Praxis der USA in Guantanamo (*Waterboarding*) oder im Gefängnis von Abu Ghraib im Irak, die Erlaubnis von Israels Oberstem Gericht, Verdächtige zu «schütteln», oder den Fall Gäfen in Deutschland (Androhung von Schmerzzufügung durch die Polizei).

²¹ Hassemer 1990 passim.

²² Siehe dazu im Detail unten S. 51 ff., 85 f. und 89 ff.

²³ Siehe unten S. 112 ff.

²⁴ Hassemer 1990, 166; siehe unten im Detail S. 298 ff. und 310 ff.

Tatverdacht und «natürliche Tendenz» der Ermittlung zum schnellen Urteil				
Materielle Wahrheit als Staatsaufgabe	Gewaltenteilung – Vorverfahren – Hauptverfahren – Ermittlung – Untersuchung	– Verbot unerlaubter Verhörmethoden – Rechtliche Regelung von Zwangsmassnahmen und Beweisvorgang	Aktive Partizipationsrechte der Parteien (Beschuldigte und Geschädigte)	– Rechtsmittel – Transparenzvorschriften

3. Ein Verfahren für den Alltag?

In der neuen Schweizerischen StPO treffen eigentlich zwei unterschiedliche Bedürfnisse aufeinander, die einerseits einen ordentlichen Prozesstypus für den Alltag und andererseits einen Prozess für besonders problematische Fälle nötig machen. Das neue Recht lässt sich durchaus den beiden Prozesstypen zuordnen.

Das Normalverfahren ist stark «effizienzorientiert»²⁵. Es spricht sich dafür aus, *«die Rolle der Polizei im Strafverfahren so klar wie möglich zu umschreiben, statt sich der Illusion hinzugeben, die Kriminalpolizei sei ausschliesslich ein Organ zur Ausführung untersuchungsrichterlicher Aufträge»*²⁶. Davon hat sich in Art. 306 die Anweisung an die Polizei erhalten, *«den für eine Straftat relevanten Sachverhalt»* schlechthin festzustellen. In der grossen Mehrzahl der Alltagsfälle wird die Polizei die Fälle wohl «pfannenfertig» der Staatsanwaltschaft abliefern, die im Rahmen ihrer Kompetenz erwägen wird, ob ein Strafbefehl in Frage kommt (in weit über 90% der nicht-eingestellten Fälle wird sie einen Strafbefehl erlassen²⁷). Zu Recht moniert Oberholzer, dass die StPO «nur noch bis in 1 bis 2% der Fälle ein Verfahren unter Einhaltung aller rechtsstaatlichen Grundsätze» vorsehe²⁸.

Demgegenüber bemüht sich die Prozessordnung, den Aufwand der Gerichte auf ein Minimum zu reduzieren. Soweit nicht das «abgekürzte Verfahren» gewählt wird, das auf Beweiserhebungen weitestgehend verzichtet, findet eine «ordentliche» fakultativ-unmittelbare Hauptverhandlung statt. Art. 343 Abs. 3, der davon spricht, im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise könnten im Hauptverfahren «nochmals» erhoben werden, *«sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint»*, geht offensichtlich davon aus, dass die unmittelbare Beweiserhebung die Ausnahme sein soll. Anders als in den umliegenden Ländern entscheidet damit der Schweizer Richter nicht aus dem *«Inbegriff der Hauptver-*

²⁵ Vgl. etwa Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 1085 (1106, zum Staatsanwaltschaftsmodell).

²⁶ «Aus 29 mach 1», 121.

²⁷ Siehe unten S. 251 ff.

²⁸ Oberholzer 2015, 13.

handlung»²⁹. Der Richter überprüft vielmehr aufgrund der Akten die Arbeit der Instanzen des Vorverfahrens. Dadurch wird allerdings das Gewaltenteilungsprinzip in Frage gestellt³⁰.

Gesamthaft betrachtet, führt die neue Prozessordnung zu einem raschen, behördenlastigen Verfahren, dem ein insgesamt eher mildes materielles Strafrecht entspricht, solange sich der Beschuldigte dem Schuldvorwurf unterwirft³¹. Zwar wurden als Korrektiv zur Reduktion der Beweisführung in der Hauptverhandlung die Verteidigungsrechte im Vorverfahren, namentlich die «Verteidigung der ersten Stunde» ausgebaut. Allerdings verfügt die Verteidigung in dieser Phase noch nicht über die volle Akteneinsicht und kann daher lediglich als Beistand bezeichnet werden³². Insgesamt sieht die StPO für den Alltag ein polizeilastiges stark präventiv orientiertes Verfahren vor³³.

4. Ein Ausnahmeverfahren für «Makrokriminalität»?

Neben dem ordentlichen Verfahren war erklärtes Ziel der Verfahrensrevision, ein ausserordentliches Verfahren für komplexe und konfliktrichtige Fälle vorzusehen.

Mit zunehmender Globalisierung und der fortschreitenden «technologischen Revolution» haben sich die Gelegenheiten zu sogenannter «Makrokriminalität»³⁴ vervielfacht.

Der Begriff **Makrokriminalität** ist erst für «besonders gravierende und gefährliche Grossformen kollektiver Gewalt»³⁵, für staatliche oder «staatsverstärkte»³⁶ (para-staatliche) Delinquenzformen, insbesondere schwere Menschenrechtsverletzungen (Völkermord und Kriegsverbrechen) durch Staatsorgane, Söldnertruppen oder Bürgerkriegsparteien geprägt worden. Ursprünglich verwendet in der Aufarbeitung des «Dritten Reiches», ist dieser Kriminalitätsbegriff auch in der neuesten Zeit leider hoch aktuell: Mit der Desintegration des Blocksystems nach dem «Kalten Krieg» ist auch eine ganze Reihe von regionalen Konflikten und Bürgerkriegen losgetreten worden, in denen es zu schwersten Menschenrechtsverletzungen gekommen ist (vgl. etwa Ex-Jugoslawien, Kambodscha, Kongo, Ruanda, Sierra Leone, Sudan)³⁷.

²⁹ Vgl. aber § 261 D StPO; vgl. dazu Arzt 1974, 223; Krauß 1986.

³⁰ Krit. Pieth 2002a, 629; ders. 2002b, 426; ders. 2006, 391 ff.; siehe unten S. 233 ff. und 239 ff.

³¹ Pieth 2001, 260.

³² Ruckstuhl 2002, 9; Meyer/Ruckstuhl 2002, 9.

³³ Albrecht 2014, 15 ff.; Niggli 2014, 28 ff.; Piguet/Dyens 2015, 365 ff.; Piquerez/Macaluso 2011, 217.

³⁴ Jäger 1989, 11 ff.

³⁵ Jäger 1989, 11.

³⁶ Naucke 1996.

³⁷ Passas 1998/99, 399 ff.; zum Teil handelt es sich um alte Konflikte, die erneut aufgeflammt sind.

Die grenzüberschreitende **Wirtschaftskriminalität** hat mit der Staatskriminalität gemein, dass es sich häufig um Straftaten von «Mächtigen» handelt³⁸. Es gelingt Tätern immer wieder, mit Veruntreuungen, Grossbetrügereien, Kursmanipulationen usw. eine Vielzahl von Opfern über die Landesgrenze hinweg zu schädigen (man denke beispielsweise an den Zusammenbruch des Schneeballsystems im Fall Madoff mit vermuteten Schäden in der Höhe von 50 Mia. Dollar³⁹). Eine Makrodimension nimmt die Wirtschaftsdelinquenz vor allem aber dann an, wenn es Managern und Unternehmen gelingt, die staatliche Justiz auszuschalten (man denke an die illegale Abfallverklappung in Drittweltstaaten⁴⁰ oder an grosse Bestechungsfälle⁴¹).

Weiter wird zur Makrokriminalität gemeinhin das «**organisierte Verbrechen**» gezählt. Sowohl der Begriff wie die Vorstellungen über die realen Erscheinungsformen sind ausserordentlich umstritten⁴². Das «organisierte Verbrechen» ist von den Medien und in Literatur und Film vielfach mythisch verklärt worden («Der Pate»). Die Realität, beispielsweise in Süditalien, mag banaler erscheinen als im Film (man denke an den «Alltag» der Schutzgelderpressung, des «*Loansharking*» oder der systematischen Submissionerschleichung, gepaart mit der entsprechenden Gewaltbereitschaft). Auf internationaler Ebene rücken die Drogenmärkte und der Menschenhandel immer stärker in den Vordergrund. Dabei werden ganz erhebliche Summen umgesetzt. Umstritten ist, ab wann eine kriminelle Gruppe oder Bande zur «Organisation» wird⁴³. Literatur und Praxis sind sich indessen einig, dass das eigentliche Bedrohungspotenzial solcher Gruppierungen – jenseits ihrer Gewaltbereitschaft – in ihrer Fähigkeit besteht, durch ihre Vernetzung mit Politik und Wirtschaft, als «Staat im Staat», das Funktionieren von Justiz und anderen Staatsfunktionen in Frage zu stellen⁴⁴. Wenn in der Schweiz in diesem Sinne definierte kriminelle Organisationen zweifellos nicht den Alltag bestimmen, ist dennoch damit zu rechnen, dass Teile des Finanzplatzes (Banken, Geschäftsanwälte oder Treuhänder) sich gelegentlich zur Geldwäsche für ausländische kriminelle Organisationen missbrauchen lassen⁴⁵.

38 Pieth 2016, 21.

39 BAZ vom 13.12.2008, 15; Financial Times vom 21./22.2.2009, 8; vgl. auch den Fall Stanford, NZZ vom 18.2.2009, 17.

40 Vgl. den Fall Trafigura und Côte d'Ivoire; NZZ vom 20.2.2008; NZZ am Sonntag vom 24.6.2007; NZZ vom 15.2.2007.

41 Vgl. etwa den Fall BAE-Saudi Arabien (Al-Yamamah) in dem der britische Premierminister dem Serious Fraud Office (SFO) nahe gelegt hatte, die Strafuntersuchungen aus Sicherheitsgründen und auch ökonomischen Erwägungen einzustellen.

42 Darstellungen von «Mafiakämpfern» wie Giovanni Falcone (Falcone/Padovani) kontrastieren mit kritischen Analysen von Lebensläufen von Mafiosi, die die Phänomene als wesentlich desorganisierter und personalisierter erscheinen lassen: zum Ganzen vgl. Besozzi 2002, 71 ff.; Cesoni 2004; Estermann 2002; Vest 1994, 125 ff.

43 Vgl. Cesoni 2004, 47 u.V.a. Besozzi 2002.

44 Vgl. Hassemer 1993, 664 ff.; vgl. auch Hess 1988; Kinzig 2004, 61; Müller 1991.

45 Botschaft des Bundesrates, BBl 1993 III 277 (282 ff.); Godenzi 2015, 269 ff.; Pieth 1996, 36 ff.; Trepp 1996.

Während es sich bei den bisher referierten Formen der Makrokriminalität um Delinquenz von «Mächtigen» handelt, steht beim Terrorismus die Ausnutzung von Fanatismus und Verzweiflung im Vordergrund. Vielfach mag das ungeschickte Verhalten der Industrienationen den Nährboden des Terrorismus erst bereiten (etwa dadurch, dass Konflikte in Palästina, in Afghanistan, im Irak oder in Sri Lanka nicht friedlich beigelegt werden können). Terrorismus wird gemeinhin als die systematische Gewaltanwendung auch gegenüber unbeteiligten Zivilpersonen zur politischen Einflussnahme definiert⁴⁶. Typischerweise gehen terroristische Handlungen von Gruppen aus, auch wenn Einzeltäter vorkommen mögen (vgl. Timothy McVeigh und die Bombe von Oklahoma City). Abermals stellt sich natürlich die Frage, ab wann eine terroristische Organisation vorliegt.

Diese Kriminalitätsformen haben gemein, dass sie typischerweise international von Gruppen ausgeübt werden, die die Macht haben, sich gegen staatliche Interventionen zur Wehr zu setzen und somit das Justizmonopol des Staates in Frage zu stellen. Von ihnen geht regelmässig ein erhebliches Gefährdungspotenzial aus. Es wäre widersinnig, wenn das Strafrecht gerade vor solchen Phänomenen die Segel streichen müsste, während es sich bisher vor allem der Elends- und Alltagskriminalität zugewandt hat.

Von einem prozessrechtlichen Standpunkt aus sind die Unternehmen oder Gruppen typischerweise schwer durchdringbar. Daher wurde in neuerer Zeit das Arsenal der geheimen Zwangsmassnahmen stark ausgebaut (Telefonkontrolle, Observation, verdeckte Ermittlung, Kontoüberwachung usw.) und die entsprechenden Sonderregelungen in die neue StPO übernommen.

Problematisch bleibt aber, dass die entsprechenden Tatbestände (vgl. Art. 260^{ter} und Art. 260^{quinquies} sowie Art. 305^{bis} StGB) so diffus formuliert sind, dass sie Fälle und Personen erfassen, die zweifelsfrei die erwähnte Gefährlichkeit nicht erreichen (blosse Mitläufer und Sympathisanten). Die unscharfen Formeln des materiellen Rechts lassen die Sicherungen des Prozessrechts gegen Missbräuche (Tatverdacht und richterliche Kontrolle) ins Leere laufen⁴⁷. In der Strafrechtslehre werden die Missbrauchsgefahren in kritischer Absicht unter dem Stichwort «Feindstrafrecht» (im Gegensatz zum solidarischen, sozialstaatlichen Alltagsstrafrecht) abgehandelt⁴⁸. Vor allem im Betäubungsmittelrecht besteht die Gefahr, dass bei der ausufernden Verwendung des «OK»-Begriffs auch blosse Strassenverkäufer und sogenannte «Fixer-Dealer» erfasst werden⁴⁹. Man muss sich davor in Acht nehmen, aus der Existenz von kriminellen Organisationen irgendwo auf der Welt einerseits und dem Vor-

⁴⁶ Vgl. etwa Art. 2 des UN Übereinkommens über die Unterdrückung der Finanzierung des Terrorismus vom 9.12.1999 und Art. 260^{quinquies} StGB; dazu Pieth 2014, 249 ff.; ders. 2006b, 1079 ff.

⁴⁷ Zerbes 2010, 324 ff.

⁴⁸ Vgl. zur Auseinandersetzung mit Jakobs: Krauß 2006, 79 ff.

⁴⁹ Albrecht 2007, 152.

handensein konkreter Betäubungsmittelmärkte in der Schweiz andererseits automatisch darauf zu schliessen, dass einzelne Strassenverkäufer «Soldaten» einer kriminellen Organisation seien: Von Rechts wegen sind wir verpflichtet, den Nachweis der Beziehung zu einer kriminellen Organisation zu erbringen. Und Zwangsmassnahmen sind dementsprechend an konkrete Verdachtsmomente zu binden.

Im Rahmen dieses Lehrbuchs müssen daher die Aspekte des «Alltagsverfahrens» und des «ausserordentlichen Verfahrens» auseinandergehalten werden. Sodann müssen die Tatbestände der Makrokriminalität in «teleologischer Reduktion» auf die eigentlich gefährlichen Fälle eingeschränkt werden, auf den Kern, der das Verdachtskriterium und die richterliche Kontrolle bei Telefonüberwachung, elektronischer Überwachung, verdeckten Ermittlungen und Kontoüberwachung wieder relevant macht. Die Details sind natürlich weiter unten abzuhandeln⁵⁰.

50 Siehe vor allem unten S. 160 ff.

Fragen zu Kapitel I

- Weshalb ist das staatliche Strafmonopol so wichtig?
- Was verstehen Sie unter «Justizgewährleistungspflicht des Staates»?
- Was bedeutet «Justizförmigkeit des Verfahrens»?
- Wozu bedarf es aktiver Mitwirkungsrechte der Parteien?
- Vor welchem Dilemma stehen die Strafbehörden im Kampf gegen das organisierte Verbrechen?

Die Auflösung der Fragen ergibt sich jeweils aus dem vorangegangenen Kapitel.

kretheit und Detailliertheit des Sachverhaltes in der Anklageschrift erhebliche Probleme⁴⁴.

b) Die richterliche Unabhängigkeit (Art. 4 StPO)

Klassisch geworden ist die Passage eines BGE, in dem Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV (vgl. alt Art. 58 BV) konkretisiert werden:

«Als Gericht im Sinne der Menschenrechtskonvention beziehungsweise von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein; sie muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den anderen Parteien unabhängig und unparteiisch sein.»⁴⁵

aa) Der gesetzliche Richter

Die staatsrechtliche Lehre zum verfassungsmässigen Richter befasst sich zum einen mit dem **Verbot von Ausnahmegerichten**. Damit sind Gerichte gemeint, die «*ausserhalb der verfassungsmässigen Gerichtsorganisation und nur für einen oder mehrere konkrete Fälle gebildet werden*»⁴⁶. Nicht dazu gezählt werden Sondergerichte, die im Wesentlichen auf besondere Kenntnisse der Richter abstellen (Handelsgerichte, Wirtschaftsstrafkammern, Militärstrafgerichte, usw.). Als problematisch empfunden werden müssen indessen einzelne Gerichtsentscheide, in denen im Rahmen politisch sensibler Rechtshilfe- oder Auslieferungssachen ausländische Gerichte (wohl allzu leicht) als zulässige Spezialgerichte eingestuft werden (zum Beispiel der irische «*Special Criminal Court*» oder ein ausserordentliches Gericht der Republik Zaire⁴⁷).

Zum andern bedeutet der «gesetzliche Richter» die **rechtmässige Besetzung** der konkreten Spruchkammer. Es soll ausgeschlossen sein, das Gericht unter Berücksichtigung des Einzelfalles oder der Person des Angeklagten zu besetzen (Pflicht zur festen **Geschäftsverteilung**)⁴⁸.

⁴⁴ BSK StPO-Niggli/Heimgartner 2014, Art. 9 N 42; Schubarth 2010, 173 ff. und unten S. 229.

⁴⁵ BGE 126 I 228 (230 f.).

⁴⁶ BGE 110 Ib 280; Jeanneret/Kuhn 2013, 41 ff.; Müller/Schefer 2008, 932 f.; Piquerez/Macaluso 2011, 221 ff.; CPP Commentaire à l'usage des praticiens-Pitteloud 2012, 73; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold 2011, 53; Schmid Handbuch 2013, 46 f.

⁴⁷ Müller/Schefer 2008, 932 f.

⁴⁸ Müller/Schefer 2008, 927, 933 ff.; Oberholzer 2012, 44 ff.; zu wenig deutlich Schmid Handbuch 2013, 45 f.; krit. zur Zürcher Praxis: NZZ vom 7.10.2009, 17: «Welcher Fall zu welchem Richter?».

Nach Art. 4 sind die Strafbehörden in der Rechtsanwendung unabhängig und allein dem Recht verpflichtet⁴⁹.

bb) Der unabhängige Richter

Fundamental ist vorab die Unabhängigkeit der Justiz von der Exekutive (**Gewaltenteilung**). Art. 4 gilt für sämtliche Strafbehörden⁵⁰. Sodann hält Art. 56 lit. b fest, dass ein Mitglied einer Strafbehörde (die Ausstandsregeln gelten für alle Strafbehörden) in den Ausstand zu treten hat, wenn es bereits in einer anderen Funktion in der gleichen Sache tätig war⁵¹. Zum einen ist die **Vorbefassung** als Rechtsbeistand oder als Aussageperson⁵² gemeint, zum andern aber auch als Mitglied einer anderen Behörde. Damit wird ein Grundsatz angesprochen, der noch bis vor Kurzem hart umkämpft war. Erst allmählich, unter dem Einfluss der EMRK, setzte sich in der Schweiz das Prinzip durch, dass *Personalunion* von vorbereitender und entscheidender Instanz sowie generell Vorbefassung zu institutioneller Befangenheit führen: so etwa die Personalunion von Untersuchungs- und Sachrichter⁵³, von Überweisungs- und Entscheidungsorganen⁵⁴, von Haft- und Instanzrichtern⁵⁵.

Die Personalunion zwischen untersuchender und anklagender Funktion innerhalb der Staatsanwaltschaft (Art. 16 Abs. 2) wird demgegenüber vom Bundesgericht nicht in Frage gestellt⁵⁶. Problematisch ist aber der Rollenwechsel des Staatsanwalts als Strafbefehls-«Richter» zur Partei⁵⁷. Die Rückweisung einer Sache an die untere Instanz wegen Verfahrensfehlern macht praxisgemäss die untere Instanz nicht automatisch befangen⁵⁸. Ebenfalls wenig Sensibilität bekundet das Bundesgericht gegen-

⁴⁹ Schmid Handbuch 2013, 44; BSK StPO-Wiprächtiger 2014, Art. 4 N 1 ff.; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Wohlers 2014, Art. 4 N 1 ff.

⁵⁰ BSK StPO-Wiprächtiger 2014, Art. 4 N 32 ff.; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 56 N 5.

⁵¹ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 56 N 15 ff., N 31; Guidon 2013, 154 ff.

⁵² Während Sachverständige und Zeugen im Gesetz explizit genannt werden, fehlen die Auskunftspersonen. Sie sind aber schon aufgrund von lit. a befangen (so zutreffend Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 56 N 20).

⁵³ Zum Kanton VS BGE 112 Ia 290; vgl. aber früher noch für Bern BGE 104 Ia 271; vgl. für Details im Übrigen Müller/Schefer 2008, 942 ff.; Oberholzer 2012, 49 ff.

⁵⁴ BGE 114 Ia 50.

⁵⁵ Unklar noch BGE 115 Ia 180.

⁵⁶ BGE 127 I 196; Schmid 2004, 45; ders. differenzierend aber in: StPO Praxiskommentar 2013, Art. 56 N 16; BSK StPO-Schmutz 2014, Art. 100 N 11.

⁵⁷ Krit. Piguet/Dyens 2015, 366.

⁵⁸ Guidon 2013, 156; Riklin StPO Kommentar 2014, Art. 56 N 4.

über dem Anwalt als nebenamtlichem Richter⁵⁹, der bald als Parteivertreter agiert und kurz darauf wieder auf der Richterbank Platz nimmt.

cc) *Der unparteiische Richter*

Bei den Ausstandsgründen kommt es nicht auf reale Befangenheit an. Der **Eindruck** der Parteilichkeit reicht aus, um eine Ausstandspflicht zu begründen⁶⁰. Daher stellen **Verwandtschaftsverhältnisse**, Schwägerschaft, Ehe- und Lebensgemeinschaft mit einer Partei oder dem Mitglied einer Vorinstanz nach den in Art. 56 festgelegten Regeln Ausstandsgründe dar. Art. 56 lit. f enthält eine Generalklausel, die weitere Fälle erfasst, aufgrund der ein Behördenmitglied befangen sein könnte, «insbesondere Freundschaft oder Feindschaft» mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand⁶¹. Darunter fallen auch persönliche oder wirtschaftliche Interessenkonflikte⁶². Allerdings bedarf es einer gewissen Intensität der Interessenkonflikte bzw. der Freundschaft oder Feindschaft: Dazu gehören etwa vor Kurzem ausgetragene Streitigkeiten in den Medien⁶³. Die Mitgliedschaft im selben Verein genügt nicht⁶⁴. Schliesslich verpflichtet auch die (Befürchtung der) **Befangenheit** zu Ausstand. Ein Indiz dafür sind zum Beispiel öffentliche oder private Vorverurteilungen⁶⁵ sowie die unsachliche Verhandlungsführung⁶⁶ nicht dagegen für eine Partei ungünstige Prozessverfügungen⁶⁷. Selbst Fehlentscheide als solche sollen keine Befangenheit begründen⁶⁸.

dd) *Das Ausstandsverfahren*

Mitglieder von Behörden müssen Ausstandsgründe selbständig der Verfahrensleitung melden (Art. 57). Die Ausstandsgründe sind allerdings von Amtes wegen zu berücksichtigen⁶⁹. Die Gerichtsorganisationsgesetze verlangen von den Strafbehörden bei Amtsantritt (und sinnvollerweise in regelmässigen Abständen) die Offenlegung von Interessenbindungen (berufliche Nebenbeschäftigungen, Organschaften und

⁵⁹ Krit. BSK StPO-Boog 2014, Art. 56 N 44 ff. zu BGer 4A_62/2014 (E. 4.3) vom 20.5.2014 (BGE 140 III 221).

⁶⁰ BGer 1B_664/2012 vom 19.4.2013; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 56 N 9.

⁶¹ Müller/Schefer 2008, 939 ff.; Schmid Handbuch 2013, 188.

⁶² Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 56 N 11.

⁶³ BGer 1B_664/2012 vom 19.4.2013.

⁶⁴ Plädoyer 2014, 8 ff.

⁶⁵ BGE 137 I 227; 134 I 238; 127 I 196.

⁶⁶ BSK StPO-Boog 2014, Art. 58 N 54 ff.; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 56 N 42.

⁶⁷ BGer 1P.473/2000 vom 20.10.2000.

⁶⁸ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 56 N 40.

⁶⁹ BSK StPO-Boog 2014, Art. 58 N 8.

Kommissionsmitgliedschaften)⁷⁰. Die Parteien können ihrerseits den Ausstand eines Behördenmitglieds verlangen. Sie müssen das Gesuch allerdings in allen Phasen «ohne Verzug», das heisst sobald sie Kenntnis vom Ausstandsgrund erlangt haben, stellen (Art. 58) und glaubhaft machen⁷¹. Allerdings ist ein vorschneller Befangenheitsantrag zu vermeiden: Es ist zulässig, sich ein Gesamtbild zu machen⁷². Art. 58 und 59 regeln das Ausstandsverfahren und die zuständigen Entscheidungsinstanzen. Deren Entscheid ist auf kantonaler Ebene endgültig⁷³, es steht allerdings unter Umständen eine Strafrechtsbeschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung⁷⁴.

c) Das unmittelbare, mündliche und öffentliche Hauptverfahren

Eine Reihe weiterer Prinzipien soll einerseits Kommunikation unter den Beteiligten und Transparenz des Verfahrens sicherstellen, andererseits aber garantieren, dass im gerichtlichen Verfahrensabschnitt wirklich entschieden wird. Daher werden sie hier im Abschnitt zur Gewaltenteilung ein erstes Mal angesprochen⁷⁵. Diese Prinzipien gehören zum Kern des reformierten Parteienprozesses, der das Inquisitionsverfahren abgelöst hat⁷⁶.

aa) Unmittelbarkeit (Art. 343 StPO)

Unmittelbarkeit bedeutet zweierlei: Nach der **formellen Unmittelbarkeit** soll die Beweisführung vor dem erkennenden Gericht stattfinden⁷⁷. Nach der **materiellen Unmittelbarkeit**⁷⁸ soll sich das Urteil möglichst auf die tatnächsten Beweismittel stützen. Vor allem die formelle Unmittelbarkeit bereitet in der Schweizer Ablösung vom Inquisitionsprozess erhebliche Schwierigkeiten. Zwar hatten sich einzelne kantonale Prozessordnungen, dem deutschrechtlichen Vorbild folgend, zu einem unmittelbaren Hauptverfahren entschlossen. Entsprechend hat es denn auch das Bundesgericht als willkürliche Anwendung des damaligen baselstädtischen Prozessrechts bezeichnet, dass die Richter schon vor der Hauptverhandlung einzelne Akten zur Einsicht erhielten⁷⁹. Andererseits sind die Minimalanforderungen an die Unmittelbarkeit vom Bundesgericht denkbar tief angesetzt worden. Auf Grund der EMRK (Art. 6

⁷⁰ Bsp. § 57 GOG BS.

⁷¹ BGer 6B_596/2012 vom 25.4.2013 («im frühestmöglichen Zeitpunkt»); Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Keller 2014, Art. 58 N 9; Guidon 2013, 158.

⁷² BSK StPO-Boog 2014, Art. 58 N 7.

⁷³ Art. 59 Abs. 1 *in fine*.

⁷⁴ Art. 92 Abs. 1 BGG.

⁷⁵ Siehe dazu weiter unten S. 231 ff.

⁷⁶ Siehe oben S. 23 ff.

⁷⁷ Krauß 1986, 73 ff.; Oberholzer 2012, 228 ff; Wohlers 2014, 424.

⁷⁸ Kaufmann 2013, passim; Wohlers 2014, 424; Eicker/Huber 2014, 41 f., 65.

⁷⁹ BGE 116 Ia 305.

Abs. 3 lit. d) kommt es nicht umhin, dem Beschuldigten das Recht zuzugestehen, mit Belastungszeugen mindestens einmal im Verfahren konfrontiert zu werden⁸⁰. Immer wieder hat das Bundesgericht aber festgestellt, «dass weder Bundesverfassung noch Menschenrechtskonvention einen Anspruch auf schrankenlose Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips im Beweisverfahren einräumten und daher kein Anspruch auf Einvernahme von Zeugen vor dem Richter in der Hauptverhandlung bestehe»⁸¹. Der Richter habe nur solche Beweisbegehren zu berücksichtigen, die nach seiner Würdigung rechts- und entscheidungserheblich seien. Das Bundesgericht gestattet dem Richter dabei durchaus, Beweise in «antizipierter Beweiswürdigung» aus der Hauptverhandlung zu verbannen, weil er – ohne Erhebung – bereits vom Gegenteil überzeugt sei⁸².

Diese Praxis ist Ausdruck der in der Schweiz vorherrschenden «**fakultativen Unmittelbarkeit**» nach Ermessen des Instruktionsrichters, respektive der Mittelbarkeit des Normalverfahrens⁸³. Der vereinheitlichte Schweizerische Strafprozess orientierte sich in seinen Entwürfen zunächst an einer der eingeschränktsten Varianten der Unmittelbarkeit (an der StPO des Kantons ZH)⁸⁴, um in letzter Minute in den Räten noch eine Wende zurück zur «fakultativen Unmittelbarkeit» nach Ermessen des Gerichts zu nehmen⁸⁵.

⁸⁰ BGE 116 Ia 289; Piquerez/Macaluso 2011, 214 ff.; in der neuen EGMR-Praxis ist allerdings dieses Prinzip stark relativiert worden: Entscheid der EGMR Grand Chamber vom 15.12.2011 i.S. *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* (Nr. 26766/105, 22228/06) = fp 2012, 72 ff.; dazu Arquint/Summers 2012, 112 ff. und Meyer/Wickowska 2014, 372 f.; EGMR Entscheid vom 6.12.2012 i.S. *Pesukic v. Switzerland* (Nr. 25088/07) mit Anmerkungen von Wohlers in: fp 2013, 84 ff.

⁸¹ BGE 125 I 127 (134); 113 Ia 412; krit. Pieth 1984, 221 ff.

⁸² BGE 122 II 464 (469); 115 Ia 97 (101); BGer 6B_1251/2014 vom 1.6.2015; 6B_564/2011 vom 27.1.2012; siehe oben S. 44, 49 f. und unten S. 108 f., 188 f., 226.

⁸³ Vgl. auch Albrecht 2010, 187 f.; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Gut/Fingerhuth 2014, Art. 343 N 3 und BSK StPO-Hauri/Venet 2014, Art. 343 N 12; Piquerez/Macaluso 2011, 217.

⁸⁴ Für das erstinstanzliche Verfahren vor BezGer und OGer sowie die Rechtsmittelverfahren in Zürich vgl. Schmid 2004, 66; zur aktuellen Praxis in Zürich und weiteren Kantonen, die die alte Praxis weiterführt: Wohlers 2014, 431 f.; für die eidgenössische Prozessordnung vgl. «Aus 29 mach 1», 143; VE 2001 Art. 374 ff.; Begleitbericht 2001, 223 ff.; VE 2005 Art. 344 f.; Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 1085 (1285 f.).

⁸⁵ Art. 343 Abs. 3; Ständerat (05.092) 11.12.06, S. 9 ff.; Nationalrat (05.092) 20.6.07, S. 8 ff.; die genaue Bedeutung des pflichtgemässen Ermessens bei der richterlichen Beweisaufnahme muss sich erst noch einpendeln, vgl. etwa BGer 1P.538/2001 vom 5.11.2001 und Albrecht 2010, 186 und 196; BSK StPO-Hauri/Venet 2014, Art. 343 N 11 f.; siehe im Übrigen unten S. 233 ff.

e) Die Zwangsmassnahmen nach StPO

Die StPO unterscheidet zwischen offenen und geheimen Zwangsmassnahmen. Nach Art. 199 ist die Anordnung der offenen Zwangsmassnahmen den betroffenen Personen zu eröffnen.

Als **offene** Zwangsmassnahmen nennt das Gesetz:

- die Vorladung, die Vorführung und die Fahndung,
- die Anhaltung, die vorläufige Festnahme,
- die Untersuchungs- und Sicherheitshaft, respektive deren Ersatzmassnahmen,
- die Durchsuchung von Personen, von Gegenständen, von Häusern sowie von Aufzeichnungen und Datensammlungen,
- die Untersuchung von Personen (und Leichen),
- die DNA-Analysen (einschliesslich des Spezialproblems der Massenuntersuchung),
- die erkennungsdienstliche Erfassung,
- die Schrift- und Sprachproben
- und die Beschlagnahme.

Als **geheime** Überwachungsmassnahmen nennt das Gesetz:

- die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs,
- die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten,
- die Observation,
- die Überwachung von Bankbeziehungen
- und den Einsatz von verdeckten Ermittlern.

f) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit zur Anordnung von Zwangsmassnahmen ist geteilt³⁵:

- Die **Polizei** verfügt über eigene Zuständigkeiten im Bereich der Anhaltung (Art. 215), der vorläufigen Festnahme (Art. 217), der erkennungsdienstlichen Behandlung (Art. 260) und der Abnahme von DNA-Proben (Art. 255 Abs. 2), der Observation bis zu einem Monat (Art. 282) und neuerdings der verdeckten Fahndung (Art. 298b)³⁶. Sie verfügt zudem über eine Notkompetenz bei Gefahr im Verzug bei Hausdurchsuchung (Art. 213), Durchsuchungen (Art. 241) und Beschlagnahme (Art. 263 ff.).
- Die **Staatsanwaltschaft** ist grundsätzlich zur Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig. Sie muss allerdings im Bereiche der geheimen Zwangsmassnahmen

³⁵ Vgl. die Aufstellungen bei Riklin StPO Kommentar 2014, Art. 198 N 3 und bei Ruckstuhl/Dittmann/Arnold 2011, 195.

³⁶ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 298b N 9.

b) Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269–279 StPO)

Bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (TK) handelt es sich um einen schweren Eingriff in die Privatsphäre der Betroffenen (Art. 8 EMRK; Art. 13 Abs. 1 BV), der nicht leichtfertig anzuordnen ist²²⁵. Gestützt auf Art. 269 ff., aber auch auf die weiterhin geltenden Regeln des BÜPF²²⁶ können, wenn die materiellen Voraussetzungen und die formellen Anforderungen eingehalten werden, die Post- und Telekommunikation, aber auch neue Kommunikationsformen, wie E-Mail, Skype etc.²²⁷ aufgezeichnet werden.

Das BÜPF ist am 18.3.2016 vom Parlament total revidiert worden. Zur Zeit der Bearbeitung dieses Textes ist allerdings noch offen, ob das angedrohte Referendum Erfolg haben wird und wie eine allfällige Volksabstimmung ausgehen wird²²⁸.

Die digitale Revolution hat die Methoden geschützter Kommunikation erheblich erweitert²²⁹. Dies entspricht zwar einem legitimen Bedürfnis der Benutzer, aber es ermöglicht auch Kriminellen neue verdeckte Kommunikationsformen. Zwar wäre es denkbar Anbieter von verdeckten Kommunikationsformen zur Herausgabe der «Schlüssel» zu verpflichten, doch ist das angesichts der Internationalität des Datenverkehrs wenig praktikabel. Gemäss Hansjakob entschlüsseln die neuen Möglichkeiten gemäss BÜPF nicht, sie «umgehen» vielmehr die Verschlüsselung²³⁰. Sie erlauben es insbesondere, auch Kommunikation via Skype, Viber oder WhatsApp zu erfassen. Gemäss Botschaft des Bundesrates dienen die neuen Möglichkeiten alleine dazu, das zu erlangen, was herkömmlicherweise mit der Post- und Telefonüberwachung erlangt wurde. Der Bundesrat hält es daher für ausgeschlossen, dass der neue Art. 269^{ter} BÜPF als Rechtsgrundlage für eine umfassende Online-Durchsuchung von Computern oder aber für die Verwendung von Kamera und Mikrofon als ferngesteuerte «Wanzen» dient²³¹. Kritiker geben sich von diesen Beteuerungen nicht

²²⁵ Hauser/Schweri/Hartmann 2005, 357; Oberholzer 2012, 418 ff.

²²⁶ SR 780.1; die prozessrechtlichen Teile (Art. 3–8 BÜPF) sind von der StPO übernommen worden, während die technischen Fragen (Art. 11–19 BÜPF), zumal der Verkehr mit den Providern weiterhin vom BÜPF und von der VÜPF (v.a. Art. 3–10) geregelt werden, vgl. Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 1085 (1248); dazu Eicker/Huber 2014, 181; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269 N 3 ff.; BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 269 N 2.

²²⁷ Vgl. allerdings zu den technischen Problemen und den dadurch bedingten Grenzen sowie die rechtlichen Lücken betr. die Infiltrierung von Computern: Gless 2012, 12 f.

²²⁸ Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 18.3.2016, BBl 2016 1991.

²²⁹ Pieth 2016, 128 ff.

²³⁰ Botschaft des Bundesrates, BBl 2013 2683 (2776); Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269^{ter} N 3 f.

²³¹ Botschaft des Bundesrates, BBl 2013 2683 (2799); Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269^{ter} N 8 f.

überzeugt²³². Obwohl der Ausgang der politischen Debatte um die Reform des BÜPF noch offen ist, werden die Änderungen im Folgenden diskutiert.

Nicht vom Fernmeldegeheimnis und damit auch nicht von Art. 269 ff. erfasst wird die Durchsuchung von Handys, gesperrten Dateien, Bildern, Videofilmen ect.²³³

aa) Voraussetzungen der TK bei Beschuldigten und Dritten

Die TK gemäss StPO dient rein repressiven und nicht präventiven Zwecken.

Soweit sich die Massnahme gegen den Anschluss eines **Verdächtigen** richtet, bedarf sie in der Sache

- eines **dringenden Tatverdachts** (Art. 269 Abs. 1 lit. a)
- auf eine **Katalogtat** (nach Abs. 2)
- sowie der Einhaltung der **Subsidiarität** (Abs. 1 lit. c)
- und der **Verhältnismässigkeit** (Abs. 1 lit. b).

Der ohnehin schon weit gefasste **Katalog** ist um weitere Tatbestände ergänzt worden, insbesondere um die Tatbestände der Lanzarote-Konvention, des Epidemien-gesetzes, des Kriegsmaterial- und Güterkonsumgesetzes, des Börsengesetzes, aber auch um schwere Fälle des Doping nach Art. 22 Abs. 2 des Sportförderungsgesetzes²³⁴.

Die Passage «wenn die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt» (Art. 269 Abs. 1 lit. b) scheint nach einer Leerformel zu klingen; im Kontext des Tatverdachts und des Deliktskatalogs kommt darin aber zum Ausdruck, dass es sich innerhalb des abstrakten Rahmens um einen **auch konkret** schwerwiegenden Tatvorwurf handeln muss²³⁵.

Dritte dürfen ausnahmsweise abgehört werden, wenn angenommen werden muss, dass der Beschuldigte deren Anschluss benutzt, oder dass sie Mitteilungen des Beschuldigten entgegennehmen oder weiterleiten (Art. 270 lit. b Ziff. 2 zur mutmasslichen «Kontaktperson»)²³⁶. Damit sind sie allerdings betroffene Verfahrensbe-

²³² Gyorffy 2014, 22.

²³³ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269 N 10.

²³⁴ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269 N 8; BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 269 N 30 ff. und ders. krit. in N 48 ff. und N 59.

²³⁵ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269 N 20 f.; BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 269 N 34 und N 55 ff.; ders. 2014, 39; Oberholzer 2012, 420 f.; Ruckstuhl 2005, 154; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold 2011, 263; Schmid Handbuch 2013, 499.

²³⁶ Abo Youssef 2012, 64; Felber 2012, 64; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 270 N 10 ff.; ders. 2011, 299 ff.; Jaggi 2011, 3 ff.; BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 270 N 5 ff. Das Bundesgericht hat der Benutzung durch den Beschuldigten den Fall gleichgestellt, dass erwartet wird, dass der Beschuldigte auf den Drittanschluss anrufen wird: BGE 138 IV 232, positiv dazu Hansjakob 2013a, 173 ff.

teiligte, sie verfügen über ein Informationsrecht, über eine Beschwerdemöglichkeit (Art. 279) und allenfalls auch ein Entschädigungsrecht²³⁷. Im Unterschied etwa zum österreichischen Recht geht die neue StPO aber nicht so weit, grundsätzlich sämtliche zufällig abgehörte Gesprächspartner zu informieren. Insofern ist der Drittschutz beschränkt.

Unter den Zeugnisverweigerungsberechtigten wird gemäss Art. 271 (Abs. 1 Satz 2) erneut²³⁸ die bereits angetroffene Unterscheidung zwischen den umfassend geschützten **Berufsgeheimnisträgern**²³⁹ und den weiteren Verweigerungsberechtigten gemacht, deren Gewissenskonflikt bei der zwangsweisen Informationsbeschaffung als geringer gewichtet wird²⁴⁰. Bei ihnen sind abgehörte Gespräche und E-Mails verwertbar.

Berufsgeheimnisträger nach Art. 170–173 werden sowohl vor der direkten Abhörung wie vor der indirekten Erfassung durch Abhörung anderer Personen geschützt: Entsprechende Informationen sind gemäss Art. 271 Abs. 1 und 3 unter der Leitung des Gerichts aus den Verfahrensakten auszusondern und sofort zu vernichten. Sie dürfen nicht verwendet werden²⁴¹. Nicht vorgängig ausgesondert werden müssen gemäss Art. 271 Abs. 2 Informationen, wenn sich der Tatverdacht gegen den Geheimnisträger selbst richtet; allerdings bestehen besondere Genehmigungspflichten gemäss Art. 274 Abs. 4²⁴².

Eine explizite Regelung für die rückwirkende Edition von Daten ist nach wie vor nur bei **Randdaten** gemäss Art. 273 (bis maximal sechs Monate zurück) vorgesehen²⁴³. Unklar bleibt, ob die Herausgabe von E-Mails beim externen Speicherplatz (zum Beispiel die Sicherungskopie am Server) auch nachträglich herausverlangt werden kann. Die Daten auf den Empfänger-Computern befinden sich nicht mehr im Übertragungsvorgang, sie sind daher nicht Gegenstand der Kommunikation und können beschlagnahmt werden²⁴⁴.

²³⁷ Siehe unten S. 279 f.

²³⁸ BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 271 N 10; siehe bereits oben S. 89.

²³⁹ Die sie betreffenden Informationen sind auszusondern, es sei denn, sie selbst seien tatverdächtig.

²⁴⁰ Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 1085 (1249); Bommer/Goldschmid 1997, 345 ff.; krit. Gless 2012, 9 f.

²⁴¹ Zu Art. 271 Abs. 1 u. 2 vgl. Métille 2011, 131 ff.; Schmid Handbuch 2013, 502 f.

²⁴² Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 271 N 10 ff.; BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 269 N 12 und Art. 271 N 10.

²⁴³ Zur praktischen Anwendung: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269 N 62; zu den Voraussetzungen: ders., Art. 273 N 11 ff.

²⁴⁴ Hansjakob 2002a, 271; für Details vgl. Gless 2012, 8.

Mit Art. 269^{bis} und Art. 269^{ter} sollen die Befugnisse auf «*IMSI-Catcher*»²⁴⁵ und sog. «*GovWare*»²⁴⁶ ausgedehnt werden. Abermals ist die Staatsanwaltschaft zur Anordnung unter Genehmigungsvorbehalt durch das Zwangsmassnahmengericht zuständig (Art. 274):

Mit «**IMSI-Catchern**» wird eine Mobilfunkantenne simuliert, die sämtliche in der Umgebung benutzten Mobiltelefone veranlasst, sich bei ihm anzumelden. Der Anruf wird daraufhin an eine reguläre Antenne weitergeleitet, kann aber identifiziert und abgehört werden²⁴⁷. Nach revidiertem BÜPF setzt Art. 269^{bis} zunächst die gleichen materiellen Voraussetzungen wie bei Art. 269 voraus. Zusätzlich stipuliert er eine qualifizierte Subsidiarität (nur wenn die Mittel von Art. 269 erfolglos geblieben oder aussichtslos sind, dürfen die «besonderen technischen Geräte zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs» eingesetzt werden). Zudem müssen die Geräte vom BAKOM bewilligt sein, störungsfrei funktionieren und manipulationssicher sein²⁴⁸.

Mit Art. 269^{ter} gestattet das neue BÜPF ausnahmsweise den Einsatz von «besonderen Informationsprogrammen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs». Die Rede ist von sogenannten «**Staatstrojanern**» oder genauer von «*GovWare*»: Programme können physisch (via Stick) oder elektronisch (per Internet) eingesetzt werden. Die Voraussetzungen entsprechen jenen von Art. 269^{bis}, ausser, dass zusätzlich Verdacht auf eine Katalogtat gemäss Art. 286 Abs. 2 (verdeckte Ermittlung) erforderlich ist. Nicht nur ist die Einbringung der *GovWare* technisch ausserordentlich anspruchsvoll, sie verlangt unter Umständen das physische Betreten von Privaträumen (dazu Art. 269^{ter} Abs. 2 lit. b und Art. 274 Abs. 4 lit. b). Bereits darauf hingewiesen worden ist, dass es möglich ist, mit «*GovWare*» elektronische «Wanzen» zu stecken und dass theoretisch auch eine «Online-Durchsuchung» des gesamten Computers denkbar ist. Beides ginge über das Anliegen hinaus, den Fernmeldeverkehr zu überwachen. Zu Recht hält die Botschaft fest, dass dafür keine gesetzliche Grundlage gewährt wird²⁴⁹.

Nach wie vor ungeklärt ist die rechtliche Grundlage für den «**Antennensuchlauf**» im Rahmen einer «Rasterfahndung». Wo ein konkreter Täter zwar nicht be-

²⁴⁵ Ortungsgeräte für Handys: Botschaft des Bundesrates, BBl 2013 2683 (2698); Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269^{bis} (VE) N 2.

²⁴⁶ BSK StPO-Eugster/Katzenstein 2014, Art. 280 N 16; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 280 N 2.

²⁴⁷ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 269^{bis} N 2 ff.

²⁴⁸ Ebda. N 10.

²⁴⁹ Botschaft des Bundesrates, BBl 2013 2683 dazu den leading case des deutschen Bundesverfassungsgerichts, nach dem die «Online-Durchsuchung» ein *aliud* zur Telefonkontrolle und zur elektronischen Überwachung sei und einer gesonderten gesetzlichen Grundlage bedürfe (BVerfG zum Urteil des Ersten Senats vom 27.2.2008 [1 BVR 370/07, 1 BVR 597/07]).

kannt ist, aber bestimmte Merkmale festgestellt sind, soll es nach BGE 137 IV 340 zulässig sein, anhand der Mobildaten im Abgleich mit den abstrakten Merkmalen einen Verdacht erst zu generieren. Das Bundesgericht hält dies für einen nicht geregelten Sonderfall der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Die Lehre zieht aber aus der mangelnden Regelung den gegenteiligen Schluss: Es handelt sich um eine gesetzlich nicht vorgesehene Zwangsmassnahme, die zudem auf eine «*fishing expedition*» hinauslaufe²⁵⁰.

bb) Das Genehmigungsverfahren

Die Staatsanwaltschaft ordnet die TK an (Art. 269 Abs. 1)²⁵¹. Sie muss aber innert 24 Stunden dem Zwangsmassnahmengericht einen dokumentierten Genehmigungsantrag unterbreiten. Das Zwangsmassnahmengericht entscheidet innert fünf Tagen (Art. 274)²⁵². Es kann die Überwachung für bis zu drei Monaten bewilligen, die Verlängerung ist jeweils für weitere drei Monate möglich (Art. 274 Abs. 5). Dieser neutrale Kontrollblick ist besonders wichtig, weil die Verteidigung sich naturgemäss nicht gegen die Massnahme zur Wehr setzen kann. In der Literatur wird allerdings unter Hinweis auf die geringe Ablehnungsquote und die fehlende eigenständige Auseinandersetzung des Zwangsmassnahmengerichts mit den Anträgen eine effiziente Kontrolle bezweifelt²⁵³. Ausnahmsweise sind «Rahmenbewilligungen» zulässig (Art. 272 Abs. 2)²⁵⁴.

cc) Mitteilung und Nachkontrolle

Spätestens nach dem Abschluss des Vorverfahrens teilt die Staatsanwaltschaft den überwachten Personen «*Grund, Art und Dauer der Überwachung*» mit. Sie verfügen über ein Beschwerderecht (Art. 279 Abs. 1, 3)²⁵⁵. Bereits oben ist erwähnt worden, dass eine formale Auslegung des Gesetzes zu einer engeren Deutung der Informationspflicht gegenüber Dritten gelangt als im Recht ausländischer Nachbarstaaten.

Ganz ausnahmsweise kann mit Zustimmung des Zwangsmassnahmengerichts die Information aufgeschoben oder gar unterlassen werden, wenn (1) die Erkenntnisse nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden und es (2) zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig ist (Art. 279 Abs. 2). Gedacht wird insbesondere an die fortdauernde Ermittlung gegen das organisierte

²⁵⁰ Bommer/Kaufmann 2015, 919; Gless/Geth 2013, 1033 ff.; Roos/Jeker 2012, 175 ff.

²⁵¹ Schmid Handbuch 2013, 504 ff.

²⁵² Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 274 N 17; Jaggi 2011, 6 ff.; BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 274 N 1 ff.

²⁵³ Oberholzer 2011, 230.

²⁵⁴ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Hansjakob 2014, Art. 272 N 6 f. (zumal wo die überwachte Person häufig den Anschluss wechselt).

²⁵⁵ BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel 2014, Art. 279 N 1 ff.

fizienz geopfert⁵³. Kein Wunder, dass es zu einer Vielzahl von Wiederaufnahmeverfahren kommt⁵⁴.

6. Die Einstellung des Verfahrens

Neben der bereits erörterten «**Nichtanhandnahme**» (Art. 310) und der bloss provisorischen «**Sistierung**» gilt es hier, die eigentliche **Einstellung** zu diskutieren. Drei Fragen stehen im Vordergrund:

- die Einstellungsgründe,
- die Rechtsmittelberechtigung gegen die Einstellungsverfügung,
- und die «Rechtskraft» der Einstellung und die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Wo es bereits *ex ante* vollkommen klar war, dass kein Raum für eine Strafuntersuchung bestand, wurde sie schon gar nicht an die Hand genommen. Ergibt sich nun aber auf Grund einer durchgeführten Untersuchung, dass es im Hauptverfahren mit grosser Wahrscheinlichkeit zum Freispruch kommen würde, sollten dem Beschuldigten und der Justiz die Umtriebe eines öffentlichen Verfahrens erspart bleiben.

Als Einstellungsgründe werden in Art. 319 Abs. 1 genannt⁵⁵:

- kein hinreichender Tatverdacht
- fehlender Straftatbestand
- Rechtfertigungsgründe
- fehlende Prozessvoraussetzung, Prozesshindernisse
- Opportunitätsgründe gemäss Art. 8 oder nach StGB.

Zusätzlich wird in Abs. 2 als fakultativer Einstellungsgrund genannt:

- dass das Interesse des jugendlichen Opfers die Einstellung zwingend verlangt und dieses Interesse dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse offensichtlich vorgeht⁵⁶.

Die Parteien werden über die Einstellung in einer begründeten Verfügung (Art. 80 f.) **in Kenntnis gesetzt** (Art. 321). Sie können die Einstellungsverfügung innert zehn Tagen bei der Beschwerdeinstanz **anfechten** (Art. 322 Abs. 2).

⁵³ Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Landshut/Bosshard 2014, Art. 318 N 1; krit. Ruckstuhl/Dittmann/Arnold 2011, 302 f.

⁵⁴ Siehe dazu unten S. 253 f.

⁵⁵ Jeanneret/Kuhn 2013, 389 ff.

⁵⁶ Details bei Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Landshut/Bosshard 2014, Art. 319 N 33 ff.

Während bei blosser Sistierung das Verfahren jederzeit formlos wieder aufgenommen werden kann, sobald der Sistierungsgrund weggefallen ist, **erschwert** die Einstellung die **Wiederaufnahme**. Es bedarf zur Wiederaufnahme neuer Beweismittel oder neuer Tatsachen, die für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen. Sie dürfen sich nicht aus den früheren Akten ergeben. Nicht mehr neu sind somit, gemäss Botschaft⁵⁷, Beweise, die vor der Einstellung nur ungenügend ausgeschöpft worden sind. Die Anforderungen sind aber weniger hoch als bei der Revision gemäss Art. 410 ff.⁵⁸. Die Wiederaufnahme ist mitteilungs pflichtig.

7. Die Anklageerhebung

Zur Anklageerhebung müssen drei Themen kurz angeschnitten werden:

- die Beweisschwelle zur Anklageerhebung
- die Vorschriften über den Inhalt einer rechtskonformen Anklageschrift
- die Frage allfälliger Rechtsmittel.

Nach Art. 324 erhebt die Staatsanwaltschaft beim zuständigen Gericht Anklage, wenn sie auf Grund der Untersuchung die **Verdachtsgründe** als **hinreichend** erachtet (und keinen Strafbefehl erlassen kann). In der Lehre wird die Schwelle zur Anklage bei der **Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung** gezogen⁵⁹. Uneinigkeit bestand bei dieser Prognose, ob *in dubio pro reo* in Betracht gezogen werden darf: Am plausibelsten ist wohl die Lösung von Schubarth⁶⁰, nach der die Maxime bei der Entscheidung indirekt berücksichtigt werde: Sie fliesst in die Wahrscheinlichkeitsabschätzung ein. Inzwischen ist man sich einig, dass bei der Anklageerhebung aber der Grundsatz «*in dubio pro duriore*» gelten soll, während für das Gericht (und die Staatsanwaltschaft bei ihrem Antrag vor Gericht) «*in dubio pro reo*» Geltung hat⁶¹.

Die Anklage muss schriftlich erfolgen. Die **Anklageschrift** muss gemäss Art. 325 neben der Bezeichnung von Ort, Datum, anklageerhebender Behörde und befasstem Gericht vor allem die Parteien genau angeben. Sodann verpflichtet der Kern der Bestimmung (Art. 325 Abs. 1 lit. f und g) dazu, eine **konzise, aber genaue**

⁵⁷ Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 1085 (1274 f.); weniger streng: BSK StPO-Grädel/Heiniger 2014, Art. 323 N 5 und N 9; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Landshut/Bosshard 2014, Art. 323 N 23.

⁵⁸ BSK StPO-Grädel/Heiniger 2014, Art. 323 N 1; CR CPP-Roth 2011, Art. 323 N 2.

⁵⁹ Jeanneret/Kuhn 2013, 392 ff.; CPP Commentaire à l'usage des praticiens-Pitteloud 2012, 560 ff.; Hauser/Schweri/Hartmann 2005, 404; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Landshut/Bosshard 2014, Art. 324 N 5.

⁶⁰ BSK StPO-Heimgartner/Niggli 2014, Art. 324 N 11; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Landshut/Bosshard 2014, Art. 324 N 5; CR CPP-Schubarth 2011, Art. 324 N 4.

⁶¹ BGE 137 IV 219; BGer 1B_184/2012 vom 27.8.2012; Ackermann/Schödler 2016, 35; Bommer/Kaufmann 2015, 920.

Sachverhaltsschilderung abzugeben und eine rechtliche Subsumtion vorzunehmen. Fundamental ist die Sachverhaltsschilderung, weil sie nach dem Anklagegrundsatz⁶² den Prozessgegenstand fixiert (Art. 9 Abs. 1)⁶³. Begründungen und Beweiswürdigung in der Anklageschrift werden dagegen als «Vorausplädieren» und als Verstoss gegen die Waffengleichheit verstanden⁶⁴. Das Präzisionsgebot wirft in der Praxis erhebliche Probleme auf, weil es die Staatsanwaltschaft in ein Dilemma versetzt: fasst sie den Sachverhalt zu eng, steigt das Risiko des Freispruchs; die Alternative der diffusen Fassung ist dagegen unfair. Zudem riskiert sie Rückweisung⁶⁵.

Während sowohl der französisch-rechtliche wie der angelsächsische Prozess (als Erbe der Aufklärung, die dem Bürger einen unnötig schädlichen öffentlichen Prozess möglichst ersparen wollte) die Überweisung der Anklage ans Gericht von einem Zwischenverfahren abhängig machen, haben die Schweizer Prozessordnungen dieses Überweisungsverfahren (auch in der bloss fakultativen Form) allmählich abgeschafft. Die neue Prozessordnung ist in diesem Punkt besonders radikal, sie **schliesst** (zur Verfahrensbeschleunigung) **jedes Rechtsmittel gegen die Anklageerhebung aus** (Art. 324 Abs. 2⁶⁶). Die Verfahrensleitung (Instruktionsrichter) des erstinstanzlichen Gerichts prüft aber *ex officio* die ordnungsgemässe Erstellung der Anklageschrift (Art. 329 Abs. 1 lit. a). Die Anklageschrift kann zur Verbesserung oder Erweiterung an den Staatsanwalt zurückgewiesen werden (Art. 333)⁶⁷.

⁶² Oben S. 44 ff.

⁶³ Ausführlich zum Ganzen vgl. Josi 2009, 73 ff.; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-Landshut/Bosshard 2014, Art. 325 N 8 ff.

⁶⁴ Krit. BSK StPO-Heimgartner/Niggli 2014, Art. 324 N 1; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold 2011, 308.

⁶⁵ Ackermann/Vetterli 2008, 193 ff.; Fabbri/Noto 2012, 898 ff.; Schubart 2010, 173 ff.

⁶⁶ Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 1085 (1275); bereits den **Einstiegsfall** siehe oben S. 16; Piguët/Dyens 2015, 272.

⁶⁷ Roos/Jeker 2012, 301 ff.

Fragen zu Kapitel X

- Welche Verfahrensabschnitte kennt das Vorverfahren?
- Wer eröffnet das Vorverfahren?
- Nennen Sie die Kompetenzen der Polizei im Ermittlungsverfahren.
- Wodurch unterscheidet sich die selbständige von der unselbständigen Polizeitätigkeit?
- Was fällt Ihnen zum Stichwort «Vorabklärungsverfahren» (resp. Vorermittlungsverfahren) ein?
- Beschreiben Sie den Ablauf des staatsanwaltlichen Untersuchungsverfahrens.
- Was ist die Bedeutung der Schlussverfügung?
- Welches sind die Gründe für die Einstellung eines Verfahrens?
- Unter welchen Umständen kann ein eingestelltes Verfahren wieder aufgenommen werden?
- Welches sind die entscheidenden Angaben, die eine Anklageschrift enthalten muss?
- Was bewirkt die Sachverhaltsdarstellung der Anklageschrift?

Die Auflösung der Fragen ergibt sich jeweils aus dem vorangegangenen Kapitel.

XIII Kosten- und Entschädigungsrecht

Literatur *Albrecht* 2007, 41 f.; CR CPP-*Chapuis* 2011, Art. 422–428; *Christen*, S., Kostenfolge im kantonalen Beschwerdeverfahren in Strafsachen, ZStrR 2013, 177 ff.; CR CPP-*Crevoisier* 2011, Art. 416–421; *Diethelm*, C., Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung: BGE 139 IV 261, fP 2014, 115 ff.; BSK StPO-*Domeisen* 2014, Art. 426–428; *Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers* 2014, 367 ff.; *Eymann*, S., Die Parteientschädigung an die Privatklägerschaft im Strafprozess, fP 2013, 312 ff.; *Felber*, M., Unschuldsumvermutung verletzt, in: Jusletter vom 25.8.2003; *Forster*, M., «Kurzer Prozess» – die Unschuldsumvermutung bei Kostenaufgaben an Nichtverurteilte, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, in: FS Trechsel, Zürich 2002, 691 ff.; *Frister*, H., Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsumvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988, 120 ff.; *Gaillard*, L., L'indemnisation des personnes détenues ou poursuivies à tort en droit genevois, ZStrR 1982, 194 ff.; *Geth*, C., Nr. 40: Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 4.2.2011 i.S. Staatsanwaltschaft Basel-Stadt gegen X. – 6B_707/2010 (Urteilsanmerkung), fP 2011, 215 ff.; *Goldschmid/Maurer/Sollberger* 2008, 413 ff.; *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, Kommentar-*Griesser* 2014, Art. 416–436; *Hansjakob*, T., Kostenarten, Kostenträger und Kostenhöhe im Strafprozess (am Beispiel des Kantons St. Gallen), St. Gallen 1988; *Hassemer*, W., Dogmatische, kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Kostentragungspflicht des verurteilten Angeklagten, ZStW 1973, 651 ff.; *Hauser/Schweri/Hartmann* 2005, 559 ff.; *Hottelier*, M., L'indemnisation des personnes détenues à tort en droit genevois, in: FS Poncet, Genève 1997, 37 ff.; *Jenny*, G., Einstellung und Freispruch mit Kosten, BJM 1985, 1 ff.; *Jositsch*, D., Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGB^{neu} und prozessrechtliche Umsetzung, SJZ 2004, 2 ff.; *Kuhlen*, L., Zum Anwendungsbereich des § 352 StGB bei Honorarvereinbarungen, Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 6.9.2006 – 5 StR 64/06, JR 2007, 202 ff.; CR CPP-*Mizel/Rétornaz* 2011, Art. 429–436; *Müller/Schefer* 2008, 987 f.; *Oberholzer* 2012, 595 ff.; *Peters* 1985, 704 ff.; *Pieth*, M., Der Beweisanspruch des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1984, 253 ff.; *Piquerez/Macaluso* 2011, 724 ff.; *Poncet*, D., Condamnation aux frais et violation de la presumption d'innocence: l'affaire Minelli devant la cour européenne des droits de l'homme, Separatdruck aus dem Bulletin des Schweizerischen Anwaltsverbandes Nr. 85, 1983; *Riedo/Fiolka/Niggli* 2011, 480 ff.; *Riklin* StPO Kommentar 2014, 681 ff.; *ders.* 2007, 188 ff.; *Rouiller*, C., La condamnation aux frais de justice du prévenu libéré de toute peine en relation notamment avec la présomption d'innocence, SJZ 1984, 205 ff.; *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold* 2011, 339 ff.; *Schmid* Handbuch 2013, 785 ff.; *ders.* StPO Praxiskommentar 2013, 819 ff.; *ders.* 2004, 457 ff.; *Schöbi*, C., Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001; *Schubarth*, M., Anrechnung von Untersuchungshaft auf eine ausgesprochene Strafe oder Entschädigung für ungerechtfertigte Untersuchungshaft?, ZStrR 1998, 112 ff.; *ders.*, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsumvermutung, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 120, Basel/Stuttgart 1978, 1 ff.; *Steinberger*, H.R., Die Kosten- und Entschädigungspflicht im zugerischen Strafprozess, Zürich 1975; *Topfink*, E., Das Grundrecht der Unschuldsumvermutung: aus historischer Sicht

und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern 2000; von Hahn, P., Nr. 48 BGer vom 13.3.2015: Kostentragungspflicht der beschuldigten Person, fP 2015, 292 ff.; Wallimann Bauer, R., Entschädigung und Genugtuung durch den Staat an unschuldig Verfolgte in ordentlichen zürcherischen Untersuchungsverfahren, Zürich 1998; BSK StPO-Wehrenberg/Frank 2014, Art. 429–436; Zindel, A., Kosten- und Entschädigungsfolgen im Strafverfahren des Kantons Zürich, Zürich 1972.

1. Grundfragen

Das nachfolgende Kapitel befasst sich mit zwei **Fragen**:

- Wer trägt die Kosten des Strafverfahrens?
- Unter welchen Umständen haben Verfahrensbeteiligte Anspruch auf Entschädigung oder Genugtuung seitens des Staates oder anderer Beteiligter?

Das Kosten- und Entschädigungsrecht folgt einer Reihe von **Grundprinzipien**:

Vorweg trägt der Staat die **allgemeinen Kosten** der Justiz, weil es sich um eine essentielle Staatsaufgabe handelt (zu denken ist an die Löhne der Strafbehörden, an die Immobilienkosten und die weiteren Kosten der Institutionen Polizei und Justiz überhaupt). Allerdings kann der Staat in einem gewissen Mass die Kosten der **konkreten Verfahren** auf Private überwälzen¹.

Im Zentrum steht die Kostentragungspflicht des Verurteilten (Art. 426 Abs. 1). Nach dem Verursacherprinzip haben **Verurteilte** prinzipiell für die fallbezogenen Kosten einzustehen. Dabei gilt einerseits das **Kostendeckungsprinzip**²: Der Staat darf nicht mehr als die realen Kosten erheben (auch wenn Pauschalen zulässig sind³). Andererseits ist das Kostenrecht an das **Äquivalenzprinzip** gebunden. Gemäss Hauser⁴ handelt es sich dabei um die «*gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips*»: Zum einen muss die Gebühr in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Leistung (Aufwand und wohl auch zur Sanktion) stehen, zum andern ist auf die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen Rücksicht zu nehmen⁵.

So selbstverständlich das Prinzip erscheinen mag, dass der vormalige Verdächtige als «Anscheinsstörer» nunmehr mit dem Urteil definitiv zum Störer erklärt wird, so hatten Autoren bereits in den 1970er Jahren versucht, die Grundregel zu relativieren: Insbesondere der spätere Vizepräsident des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes, Winfried Hassemer,

1 Art. 423; Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 1085 (1326); Christen 2013, 177 f.; Goldschmid/Maurer/Sollberger 2008, 413 ff., 420; Hauser/Schweri/Hartmann 2005, 560; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold 2011, 339; Schmid Handbuch 2013, 792.

2 Oberholzer 2012, 595.

3 Art. 424 Abs. 2.

4 Hauser/Schweri/Hartmann 2005, 560.

5 Hauser/Schweri/Hartmann 2005, 560; vgl. auch BSK StPO-Domeisen 2014, Vor Art. 416 ff. N 13.

Das konzise Strafprozesslehrbuch des Basler Strafrechtlers Mark Pieth legt das Hauptgewicht auf Prinzipien, folgt dem Prozessverlauf und arbeitet mit konkreten Beispielen. Dabei vermeidet es langatmige Ausführungen. Der Verfasser bemüht sich, Probleme anzusprechen, statt sie unter den Teppich zu kehren. Das Buch ist gerade wegen seiner Grundsätzlichkeit auch für Praktiker von grosser Bedeutung. Viele Fragen der Prozessordnung, die zum Teil von der früheren kantonalen Routine abweicht, finden hier eine Antwort.

Der Autor

Prof. Dr. iur. Mark Pieth, Ordinarius für Strafrecht an der Universität Basel

ISBN 978-3-7190-3778-9



Helbing Lichtenhahn Verlag