

# Die Prüfungspflichten des Gerichts beim abgekürzten Verfahren

VON ANDREAS DONATSCH/MIRJAM FREI

## I. Einleitung

Ergeht ein Entscheid im abgekürzten Verfahren, so hat die beschuldigte Person den ihr zur Last gelegten Sachverhalt eingestanden. Bei dieser Sachlage kann man sich fragen, weshalb in diesem Zusammenhang besondere Prüfungspflichten durch das Gericht vorgesehen sind. Darf man Geständnisse nicht zum Nennwert nehmen?

Verschiedene Untersuchungen haben ergeben, dass Geständnisse nicht selten (teilweise) falsch sind.<sup>1</sup> Nicht auszuschliessen ist zunächst, dass einzelne Vertreter der Strafbehörden in Einzelfällen im Zusammenhang mit der Anerkennung des Sachverhalts und damit der Zustimmung zum abgekürzten Verfahren auf die Willensbildung der beschuldigten Person Einfluss nehmen. Von dieser Möglichkeit geht im Übrigen auch der Gesetzgeber aus, wenn er für derartige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Einvernahme von Personen die Rechtsfolge der Unverwertbarkeit vorsieht (Art. 140 Abs. 1 StPO). Aus der Perspektive der beschuldigten Person mag sodann ein Beweggrund für den Antrag auf das abgekürzte Verfahren in der Befürchtung liegen, es könnten bisher unbekannte Straftaten aufgedeckt werden. Weitere denkbare Beweggründe der beschuldigten Person für die Initiierung dieses Verfahrens können etwa die Beschleunigung des Verfahrens, die unklare bzw. komplizierte Beweislage oder die Wahrung grösstmöglicher Geheimhaltung sein. Zusätzlich kann ein Motiv für die Durchführung des abgekürzten Verfahrens in der relativ unklaren Rechtslage bestehen, etwa wenn die beschuldigte Person wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, wegen unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe gemäss Art. 152 StGB oder wegen Misswirtschaft (Art. 165 StGB) in ein Strafverfahren verwickelt ist. Werden wegen derartiger Umstände Verhandlungen aufgenommen und geführt, so ist dies nicht unproblematisch, und zwar deshalb, weil die beschuldigte Person gemäss Verfassungs- (Art. 29 Abs. 1 BV) und Konventionsrecht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 IPBPR) ohne-

1 Vgl. dazu im Einzelnen BENEKE, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, Frankfurt a.M. 1990, S. 121 ff., insb. 128 f.; vgl. auch JOSITSCH/BISCHOFF, Das Abgekürzte Verfahren gemäss Art. 365–369 des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz, Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 435.

hin ein Recht auf die Einhaltung des Beschleunigungsgebots und – jedenfalls während der Voruntersuchung – grundsätzlich auch Anspruch auf Wahrung des Amtsgeheimnisses hat (Art. 69 Abs. 1, Art. 73 Abs. 1 StPO). Schliesslich besteht ein Recht auf Strafbestimmungen, welche dem Bestimmtheitsgebot entsprechen und als «leges certae» erachtet werden können (Art. 1 StGB, Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Ziff. 1 IPBPR). Würden beispielsweise die erwähnten Tatbestände diesem Prinzip genügen, wüsste die beschuldigte Person mit höherer Sicherheit, ob sie freigesprochen oder verurteilt werden wird. Es bestünde für sie kaum ein Anlass, wegen der Unklarheit der Rechtslage einen Vergleich anzustreben.

Für die Staatsanwaltschaft dürfte der Anreiz, das abgekürzte Verfahren zu bewilligen, angesichts der knappen Ressourcen darin bestehen, das Strafverfahren ohne grossen Aufwand und rasch abzuschliessen zu können.<sup>2</sup>

## **II. Das abgekürzte Verfahren unter dem Gesichtswinkel des Verfassungs- und Konventionsrechts**

Die Durchführung des abgekürzten Verfahrens erfordert einen entsprechenden Antrag der beschuldigten Person an die Staatsanwaltschaft. Stimmt diese zu, erhalten die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme. Eine Zustimmung setzt nach Art. 358 Abs. 1 StPO voraus, dass die fraglichen Delikte nicht mit einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren sanktioniert werden müssten, dass der verfahrensrelevante Sachverhalt eingestanden wird und dass die Zivilansprüche wenigstens im Grundsatz anerkannt werden. Entscheidet sich die Staatsanwaltschaft, das abgekürzte Verfahren durchzuführen, erstellt sie in Anwendung von Art. 360 StPO eine Anklageschrift. In der Sache handelt es sich dabei allerdings nicht um eine Anklageschrift, sondern vielmehr um einen Urteilsentwurf. Das Gericht muss und darf nämlich im Rahmen der Hauptverhandlung lediglich noch prüfen, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens angebracht ist, ob die beschuldigte Person den Sachverhalt anerkennt, ob die gemachten Erklärungen mit der Aktenlage übereinstimmen – ein Beweisverfahren wird nicht durchgeführt (Art. 361 Abs. 4 StPO) – und ob die Sanktionen angemessen erscheinen (Art. 361 f. StPO).

In Verfahren, in welchen über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage entschieden wird, sind die in Art. 29 f. BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 IPBPR gewährleisteten Mindestrechte grundsätzlich allesamt zu beachten. Dazu gehört unter anderem auch, dass ein unabhängiger Richter in einem fairen Verfahren über Schuld oder Unschuld der beschuldigten Person befindet.

2 DONATSCHE, Das schweizerische Strafprozessrecht, SJZ 2004, S. 328; vgl. auch BOMMER, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009 II, S. 105 ff.

Genau dies ist im abgekürzten Verfahren nun aber nicht der Fall. Die Staatsanwaltschaft tritt der beschuldigten Person im Zusammenhang mit den Verhandlungen über die Durchführung dieses Verfahrens in dem Sinne nicht *iure imperii*, d.h. in Ausübung hoheitlicher Funktionen gegenüber, als sie dieses Verfahren nicht gegen den Willen der beschuldigten Person durchführen kann. Die beschuldigte Person kann ihr Einverständnis zum abgekürzten Verfahren nämlich bis zur Zustimmung zur Anklageschrift jederzeit zurückziehen (Art. 360 Abs. 2 Satz 3 StPO). Gestützt auf Art. 362 Abs. 5 StPO kann sie auch danach im Berufungsverfahren geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht rechtswirksam zugestimmt. Fällt ihre Zustimmung dahin, so sind die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren nicht gegeben. Das bedeutet, dass das ordentliche Vorverfahren durchzuführen (Art. 362 Abs. 3 StPO), mithin dass der Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht abzuklären ist – was im abgekürzten Verfahren eben nicht (notwendigerweise) geschehen muss.

Wenn ausgeführt worden ist, die Staatsanwaltschaft trete der beschuldigten Person im Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren nicht *iure imperii* gegenüber, so darf daraus keineswegs geschlossen werden, dass diese beiden Akteure auch faktisch gleichgestellt wären. Tatsächlich besteht in aller Regel ein Machtgefälle zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person.<sup>3</sup> Besonders augenfällig wird dies, wenn die beschuldigte Person aus der Untersuchungshaft ein Gesuch um Durchführung des abgekürzten Verfahrens stellt.

Aus all dem lässt sich schliessen, dass die Basis für die Geltung des Urteils im abgekürzten Verfahren nicht der im Regelfall gesetzlich vorgeschriebene, hoheitliche Richterspruch sein kann. Sie liegt vielmehr in der in Art. 358 ff. StPO vorgesehenen und vorstehend umschriebenen Möglichkeit einer Einigung mit Blick auf die Durchführung dieses besonderen Verfahrens.

Mit dem Konventions- und dem Verfassungsrecht in Einklang zu bringen ist dies nur dann, wenn von einem rechtswirksamen Verzicht der beschuldigten Person auf ihren Anspruch – bzw. auf dessen Ausübung<sup>4</sup> – auf ein hoheitlich in der Sache entscheidendes Gericht sowie weitere im Zusammenhang mit einem gerichtlichen Verfahren stehende Rechte angenommen wird.<sup>5</sup>

3 Vgl. z.B. DONATSCH, Vereinbarungen im Strafprozess, in: Marty/Schmid (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, ZStrR 1992, S. 166; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 435; SCHLAURI, Die abgekürzten Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Baselland und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen plea bargaining?, in: Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, S. 489.

4 Sog. «Ausübungsverzicht», vgl. dazu ZIMMERLIN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 56, Zürich 2008, N 488, S. 512.

5 ZIMMERLIN (Fn. 4), N 702.

Daraus darf geschlossen werden, dass die grundrechtliche Konstruktion des abgekürzten Verfahrens dieselbe sein muss wie diejenige beim Strafbefehl. Nach der Rechtsprechung der Konventionsorgane zum Strafbefehlsverfahren lässt sich dessen Zulässigkeit damit begründen, dass dieses auf einer «justizähnlichen Vereinbarung»<sup>6</sup> («arrangement parajudiciaire», «settlement reached in the course of a procedure ancillary to court proceedings») beruht, mit welcher auf eine gerichtliche Beurteilung im ordentlichen Verfahren verzichtet wird.<sup>7</sup> Im Ergebnis ähnlich erscheint die Auffassung, es handle sich um «eine Art Unterwerfungsverfahren», bei dem das zuständige staatliche Organ «keine eigene Tatsachen- und Schuldfeststellung trifft». Das als Unterwerfung bezeichnete Verhalten besteht beim Strafbefehl darin, dass keine Einsprache erhoben wird (Art. 354 StPO), beim abgekürzten Verfahren – wie bereits angeführt – in der Zustimmung zu diesem Verfahren sowie im Geständnis bezüglich des Sachverhalts, welcher der Anklage zugrunde liegt (Art. 361 Abs. 2 StPO)<sup>8</sup> sowie in der grundsätzlichen Anerkennung der Zivilansprüche.<sup>9</sup> Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die beschuldigte Person sowohl den Strafbefehl wie auch die Durchführung des abgekürzten Verfahrens und das in diesem Verfahren ergangene Urteil – unabhängig vom Willen der Staatsanwaltschaft – nicht akzeptieren muss und dass es diese folglich zu Fall bringen kann.<sup>10</sup> Macht sie von ihrem diesbezüglichen Recht Gebrauch, muss das ordentliche Verfahren durchgeführt werden,<sup>11</sup> in welchem alle konventionsrechtlichen Ansprüche respektiert werden.<sup>12</sup>

Während im Strafbefehlsverfahren wie auch im abgekürzten Verfahren auf die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens i.S. von Art. 30 BV sowie Art. 6 EMRK und Art. 14 IPBPR verzichtet wird, wirkt sich dieser Verzicht nicht auf den Anspruch auf Einhaltung des Fairnessgrundsatzes aus, wie er in Art. 3 StPO, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Ziff. 1 IPBPR enthalten ist. Dieser Grundsatz verlangt im vorliegenden Zusammenhang, dass beson-

6 Vgl. deutsche Übersetzung des EGMR-Urteils im Fall *Deweere c. Belgique* vom 27.2.1980, A/35, Ziff. 49 (EuGRZ 7 [1980] S. 672).

7 EGMR im Fall *Deweere* (Fn. 6), Ziff. 49 (EuGRZ 7 [1980] S. 672 f.); EGMR im Fall *Öztürk c. Deutschland* vom 21.2.1984, Application no. 8544/79, Ziff. 56; vgl. auch EKMR im Fall *Hennings c. Bundesrepublik Deutschland* vom 4.9.1990, Application no. 12129/86, Ziff. 49 (EuGRZ 19 [1992] S. 277).

8 Nicht weiter geprüft wird an dieser Stelle der Frage, ob der Verzicht angesichts der Höhe der maximal drohenden Freiheitsstrafe von fünf Jahren zulässig ist und gegebenenfalls, welche besonderen Bedingungen in dieser Hinsicht in Anwendung von Art. 31 BV sowie Art. 5 EMRK und Art. 9 IPBPR zu beachten wären; vgl. dazu EGMR im Fall *De Wilde, Ooms und Versyp c. Belgique* vom 18.6.1971, Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Ziff. 65.

9 Auf die Zivilansprüche wird in der Folge nicht mehr eingegangen.

10 Dies wird von GILLIÉRON, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Diss. Zürich 2009, 34, verkannt.

11 EGMR im Fall *Greccu c. Rumänien* vom 28.2.2007, Application no. 75101/01, Ziff. 58.

12 EGMR im Fall *Baischer c. Österreich* vom 20.12.2001, Application no. 32381/96, Ziff. 24 ff.

ders sorgfältig kontrolliert wird, ob die beschuldigte Person tatsächlich und in rechtlich wirksamer Weise auf ihren Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren verzichtet hat.<sup>13</sup>

### III. Prüfungspflichten des erstinstanzlichen Richters

#### A. Konventionsrechtlich vorgeschriebene Mindestprüfungspflichten

Zu den zu erfüllenden Voraussetzungen eines solchen Verzichts auf ein gerichtliches Verfahren gehört auf jeden Fall, dass die beschuldigte Person den Antrag an den Staatsanwalt auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens sowie die Zustimmung zur Anklageschrift in freiverantwortlicher Weise erklärt.

Von einer freiverantwortlichen Entscheidung kann nur dann gesprochen werden, wenn die beschuldigte Person mit Blick auf die sich stellenden Fragen als urteilsfähig erachtet werden kann.

Weiter ist erforderlich, dass die beschuldigte Person nicht mit Zwang oder Gewalt zum abgekürzten Verfahren gedrängt wird.<sup>14</sup> Dabei lässt sich die Aufforderung an sich, zwischen dem ordentlichen Gerichtsverfahren und der «Unterwerfungsvereinbarung» zu entscheiden, mit dem Konventionsrecht vereinbaren, obschon die Aussicht, im ordentlichen Verfahren vor dem Gericht zu erscheinen, dazu führen kann, dass sich die beschuldigte Person unter Druck gesetzt und zum Kompromiss gedrängt fühlt.<sup>15</sup> Nicht zulässig wäre hingegen aber etwa das in Aussicht Stellen einer unangemessen hohen Strafe für den Fall, dass sich die beschuldigte Person für das ordentliche Gerichtsverfahren entscheidet.<sup>16</sup>

Im Weiteren muss der Entscheid betreffend das abgekürzte Verfahren in unmissverständlicher Weise erfolgen. Er kann immerhin aber auch konkludent geäußert werden. Schliesslich dürfen aufgrund der konkreten Umstände keine Zweifel darüber aufkommen, dass die beschuldigte Person unbeeinflusst und in Kenntnis der Tragweite ihrer Zustimmung entschieden hat.<sup>17</sup>

13 EGMR im Fall Deweer (Fn. 6), Ziff. 49.

14 EGMR im Fall Deweer (Fn. 6), Ziff. 49; vgl. auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006, 1295; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1376.

15 EGMR im Fall Deweer (Fn. 6), Ziff. 51.

16 EGMR im Fall Thompson c. Vereinigtes Königreich vom 15.6.2004, Application no. 36256/97, Ziff. 4; Bell c. Vereinigtes Königreich vom 16.1.2007, Application no. 41534/98, Ziff. 47 f.

17 EGMR im Fall Barberà, Messegué und Jabardo c. Spanien vom 6.12.1988, Application no. 10590/83, Ziff. 82; EGMR im Fall Pfeifer und Plankl c. Österreich vom 25.2.1992, Application no. 10802/84, Ziff. 37 ff.; EGMR im Fall Schuler-Zgraggen c. Schweiz vom 24.6.1993, Application no. 14518/89, Ziff. 58; EGMR im Fall EGMR im Fall Pauger c. Österreich vom 28.5.1997, Reports 1997-III, Ziff. 58;

## B. Verfassungs- und konventionskonform ausgelegte Prüfungspflichten gemäss Art. 361 f. StPO

### 1. Inhalt der Prüfungspflichten

#### a) Prüfung der Prozessvoraussetzungen

Das Gericht hat zunächst zu prüfen, ob die Prozess- bzw. die Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind und ob der Weiterführung des Verfahrens keine Verfahrenshindernisse entgegenstehen. Zwar ist davon bei der Regelung des abgekürzten Verfahrens nicht ausdrücklich die Rede, jedoch ergibt sich dies aus systematischen Überlegungen sowie speziell mit Bezug auf die Durchführung der Hauptverhandlung aus Art. 329 Abs. 1 lit. b StPO.<sup>18</sup>

#### b) Prüfung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Durchführung des abgekürzten Verfahrens

Lehnt die Staatsanwaltschaft die Durchführung des abgekürzten Verfahrens ab, so erlässt sie eine Verfügung, welche nicht begründet werden muss. Derartige Entscheide können jedenfalls gestützt auf Art. 361 f. StPO nicht überprüft werden, weil in den entsprechenden Verfahren keine erstinstanzliche Hauptverhandlung stattfindet.<sup>19</sup> Falls die Staatsanwaltschaft das Gesuch der beschuldigten Person auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens gutheisst, so wäre zwar eine Überprüfung möglich, allerdings nur dann, wenn die beschuldigte Person der Anklageschrift zugestimmt hat. Diese Zustimmung schliesst nun nicht aus, dass später ein allfälliger Mangel derselben gerügt wird, jedoch ist kaum denkbar, dass die beschuldigte Person rügt, zwar sei das abgekürzte Verfahren zu Unrecht eingeleitet worden, trotzdem aber habe sie der Anklageschrift in rechtsverbindlicher Weise zugestimmt. Daraus folgt, dass weder die Ablehnung noch – aus praktischen Gründen – die Zustimmung zum abgekürzten Verfahren in Anwendung von Art. 361 f. StPO durch das Gericht überprüft werden kann.

#### c) Prüfung der Zustimmung der beschuldigten Person zur Anklageschrift

Ein Entscheid kann im abgekürzten Verfahren nur dann zustande kommen, wenn die beschuldigte Person der Anklageschrift im Sinne von Art. 360 Abs. 4 StPO zustimmt.

18 BOMMER, (Fn. 2), 15 f.; SCHWARZENEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, Art. 361 N 2.

19 Ob und gegebenenfalls mit welchem Rechtsmittel die Ablehnung des Gesuchs durch die Staatsanwaltschaft als solche angefochten werden kann, ist hier nicht zu prüfen; vgl. dazu BOMMER (Fn. 2), S. 11, Fn. 9; SCHMID (Fn. 15), N 1379; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 359 N 2.

Im Zentrum steht die Frage, ob die Zustimmung der beschuldigten Person tatsächlich in Abwesenheit von Druck und Zwang, in urteilsfähigem Zustand sowie Kenntnis aller relevanten Umstände erfolgt ist.

Diese Voraussetzungen sind im Prinzip nicht nur beim abgekürzten Verfahren, sondern auch beim Strafbefehlsverfahren zu beachten. Auch beim Letzteren verzichtet die beschuldigte Person nämlich durch das Unterlassen der Einsprache auf ein ordentliches Verfahren und damit auf die Wahrnehmung von grundlegenden verfassungsmässig sowie konventionsrechtlich garantierten Ansprüchen. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet besteht der Hauptunterschied zwischen den beiden Verfahrensarten darin, dass im Strafbefehlsverfahren maximal Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen, gemeinnützige Arbeit bis zu 720 Stunden oder eine Freiheitsstrafe von höchstens sechs Monaten verhängt werden kann; beim abgekürzten Verfahren können Freiheitsstrafen von maximal fünf Jahren verhängt werden. Bei dieser Sachlage erscheint es – jedenfalls bei Sanktionen, welche höher sind als die im Strafbefehlsverfahren möglichen – gerechtfertigt, die Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmung besonders genau zu überprüfen.

Dass die Erklärung einer urteilsunfähigen beschuldigten Person nicht rechtswirksam sein kann, dürfte unbestritten sein. War sie im Zeitpunkt der Eröffnung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft urteilsfähig und ist sie lediglich während der Hauptverhandlung vorübergehend verhandlungsunfähig, so muss das Verfahren nach Art. 329 Abs. 1 i.V.m. Art. 114 Abs. 2 und 3 StPO sistiert werden.

Im Weiteren setzt eine rechtswirksame Zustimmung zur Anklageschrift voraus, dass die verhandlungsfähige beschuldigte Person in der Lage ist, die rechtlichen Grundlagen dieser Zustimmung und deren rechtlichen Folgen im Allgemeinen sowie im konkreten Fall zumindest im Grundsatz zu verstehen. Sie muss demnach nachvollziehen können, dass der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt *tel quel* zur Grundlage des Urteils erhoben wird. Insbesondere muss ihr bekannt sein, dass kein Beweisverfahren stattfindet, und dass sie im Falle ihrer Zustimmung zur Anklageschrift ein solches auch auf dem Rechtsmittelweg nicht erwirken kann.

Da die beschuldigte Person gemäss Art. 130 lit. e StPO notwendigerweise verteidigt sein muss, ist es primär Aufgabe ihres Rechtsbeistands, ihr die Rechtslage zu erläutern. Falls sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Verteidigung ihrer diesbezüglichen Pflicht nicht oder nur ungenügend nachkommt, trifft die Strafbehörden die Fürsorgepflicht, die diesbezüglich unerfahrene

Person zu belehren<sup>20</sup> und – im Falle einer ungenügenden Verteidigung<sup>21</sup> – den Rechtsbeistand zu ersetzen. Wird Letzteres trotz ungenügender Verteidigung im Zusammenhang mit der an sich notwendigen Aufklärung der beschuldigten Person unterlassen, kann die Anerkennung der Anklage nicht rechtswirksam sein.

Zu beachten ist, dass der Rechtsbeistand gemäss Art. 128 StPO – auch im abgekürzten Verfahren – allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet ist. Er wird demnach seiner Verteidigung denjenigen Sachverhalt zugrunde legen, welchen die beschuldigte Person anerkennt, und dies auch dann, wenn sich aufgrund seiner Gespräche mit der beschuldigten Person Zweifel daran nicht ausräumen liessen, dass sich die Dinge tatsächlich so zugetragen haben wie sie nun zugestanden werden. Stellt das Gericht in einer derartigen Konstellation auf diesen Sachverhalt ab, so kann dem Rechtsbeistand nicht ungenügende Verteidigung vorgeworfen werden, wenn die beschuldigte Person später behauptet, nunmehr den wahren Sachverhalt einzugestehen und gar Beweise dafür vorlegen kann.

Zu prüfen bleibt, ob und gegebenenfalls inwieweit allfällige Willensmängel im Zusammenhang mit der Zustimmung zur Anklageschrift geltend gemacht werden können. In der StPO sind die Willensmängel vor allem mit Blick auf den Verzicht auf Rechtsmittel sowie im Zusammenhang mit der untersagten Beeinflussung von zu befragenden Personen geregelt.<sup>22</sup>

In Art. 386 Abs. 3 StPO wird zum Rückzug von Rechtsmitteln festgehalten, dieser sei endgültig, «es sei denn, die Partei sei durch Täuschung, eine Straftat oder eine unrichtige behördliche Auskunft zu ihrer Erklärung veranlasst worden». Das bedeutet, dass Willensmängel nur in den erwähnten Konstellationen berücksichtigt werden müssen und dass der Verzicht ansonsten endgültig erfolgen kann. Nach dem Begleitbericht zum Vorentwurf wird als mögliche Straftat die Nötigung erwähnt.<sup>23</sup> Richtigerweise vermag die unrichtige behördliche Auskunft nur dann die Unverbindlichkeit der Zustimmung zu bewirken, wenn es der (verteidigten) beschuldigten Person nicht möglich gewesen ist, die erwähnte Unrichtigkeit sofort zu erkennen.<sup>24</sup>

20 WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, Art. 3 N 9.

21 Vgl. z.B. GRAF, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, dargestellt anhand zürcherischer Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 116, Zürich 2000, S. 57 ff.

22 ZIMMERLIN (Fn. 4), N 330 ff.

23 Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, S. 259.

24 Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1309; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, Art. 386 N 7; SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 386 N 7.



Im Einzelfall kann es schwierig sein, zwischen der Aufklärung der beschuldigten Person einerseits und Druckversuchen bzw. Drohungen andererseits zu unterscheiden. So ist es durchaus üblich und – wie erwähnt – in einzelnen Fällen gestützt auf die Fürsorgepflicht gar geboten, auf prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen und allfällige Vor- und Nachteile der denkbaren Möglichkeiten zu skizzieren. Nicht zulässig wäre aber eine in einem Ton mit entsprechender Gestik erteilte Aufklärung über die Rechtslage im Falle einer Verweigerung der Zustimmung zur Anklage, welche als Drohung verstanden werden kann oder gar als solche gemeint ist.

Im Zusammenhang mit der Beweiserhebung werden neben Druck und Zwang solche Mittel untersagt, «welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können». Zwar wird im abgekürzten Verfahren gemäss Art. 361 StPO kein Beweisverfahren durchgeführt, jedoch muss die beschuldigte Person nach Art. 358 Abs. 1 sowie Art. 360 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO den verfahrensrelevanten Sachverhalt eingestehen. Es erscheint daher gerechtfertigt, die Verbindlichkeit der Zustimmung zur Anklageschrift im Sinne von Art. 360 Abs. 2 StPO von der Beachtung der Vorschriften betreffend die verbotenen Beweiserhebungsmethoden abhängig zu machen.

Bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Strafbehörde in zulässiger bzw. gar in der gebotenen Weise aufgeklärt oder aber ob sie die beschuldigte Person unzutreffend orientiert oder ihr gar gedroht hat, ist der Richter auf eine möglichst gute Dokumentation der betreffenden Gespräche angewiesen.<sup>25</sup>

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Durchführung des abgekürzten Verfahrens die Urteilsfähigkeit der beschuldigten Person voraussetzt. Sodann muss diese wenigstens dem Grundsatz nach die rechtliche Regelung des abgekürzten Verfahrens im Gesamtzusammenhang kennen und insbesondere wissen, dass die Zustimmung zur Anklageschrift anlässlich der Hauptverhandlung endgültig und unwiderruflich ist. Weiter darf nur dann von einer verbindlichen Anerkennung der Anklage ausgegangen werden, wenn zu deren Erlangung weder Druck noch Zwang – sei dieses Verhalten strafbar oder nicht – auf die beschuldigte Person ausgeübt worden ist. Schliesslich dürfen seitens der Strafbehörden keine Mittel eingesetzt werden, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit der beschuldigten Person beeinträchtigen können. Untersagt sind insbesondere Täuschungen und unzutreffende Auskünfte, welche nicht ohne weiteres als solche erkennbar sind.

25 Vgl. dazu nachstehend Ziff. 2.

d) Prüfung der Übereinstimmung zwischen der Erklärung  
der beschuldigten Person und der Aktenlage

Stimmen die Erklärung der beschuldigten Person und die Aktenlage grundsätzlich überein, so legt das Gericht den zugestandenen Sachverhalt seinen weiteren Erwägungen, insbesondere denjenigen zur Angemessenheit der Sanktion, zugrunde. Beim Vergleich zwischen den Akten und der Erklärung der beschuldigten Person handelt es sich nicht um eine wertungsfreie Gegenüberstellung, sondern um eine richterliche Würdigung. Entsprechend ist davon auszugehen, dass dem Richter ein gewisses Ermessen bei der Prüfung der Übereinstimmung von Erklärung der beschuldigten Person und Aktenlage zukommt.

Gelangt das Gericht zur Auffassung, das Geständnis und die Aktenlage stimmten überein, so ist es nicht verpflichtet zu prüfen, ob das Geständnis dem wahren Sachverhalt entspricht. Insbesondere klärt es nicht ab, ob die beschuldigte Person allenfalls weitere Delikte begangen haben könnte oder ob sie sich mit ihrem Geständnis – ganz oder teilweise – zu Unrecht belastet. Ein Beweisverfahren findet nach Art. 361 Abs. 4 StPO nicht statt, und die Instruktionsmaxime gemäss Art. 6 StPO ist demzufolge in dieser Hinsicht nicht zu beachten.<sup>26</sup>

Für den Fall, dass die Erklärung der beschuldigten Person nach Auffassung des Gerichts nicht mit der Aktenlage übereinstimmt, findet sich keine klare Regelung im Gesetz. Art. 361 Abs. 2 lit. b StPO verpflichtet das Gericht lediglich, die betreffende Prüfung vorzunehmen, umschreibt aber nicht die Folge im Falle einer Unvereinbarkeit, während in Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO statuiert wird, das Gericht befinde frei darüber, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht sei. Da davon auszugehen ist, dass das Gericht nach der zuletzt genannten Vorschrift nicht beliebig entscheiden kann, sondern nur innerhalb des ihm zustehenden Ermessens,<sup>27</sup> muss es das abgekürzte Verfahren ablehnen, falls es zum Schluss kommt, das Geständnis lasse sich nicht mit den Akten vereinbaren. In diesem Sinne ist SCHWARZENEGGER zuzustimmen, der dafür hält, dass das abgekürzte Verfahren im Falle einer Einigung über den in die Anklageschrift aufzunehmenden Sachverhalt («fact bargaining») – sei dies zulasten oder zugunsten der beschuldigten Person – abzulehnen sei.<sup>28</sup> Anders als nach Auffassung des zitierten Autors kann dies aber gemäss gesetzlicher Regelung nur dann so sein, wenn das Gericht – allenfalls nach Befragung der übrigen anwesenden Parteien – keine Übereinstimmung zwischen Geständnis und Akten feststellen kann. Nach Art. 361 Abs. 3 StPO ist es dem Gericht nämlich ausdrücklich untersagt, im Rahmen des abgekürzten Verfahrens Beweise zu erheben und auf diese Weise die Glaubhaftigkeit des Geständnisses zu über-

26 JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 433; SCHMID (Fn. 14), N 1374 f.; a.M. SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 6 f.

27 Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 3.

28 So etwa SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 361 N 6, 19.

prüfen. Damit fingiert der Gesetzgeber gewissermassen, dass das Abstellen auf ein im Einklang mit der Aktenlage stehendes Geständnis durch das Gericht als mit dem Wahrheitsgrundsatz vereinbar zu erachten ist.

Gemäss Botschaft «spricht hingegen nichts dagegen», dass das Gericht im Einverständnis mit den Parteien vom in der Anklage umschriebenen Sachverhalt abweichen kann.<sup>29</sup> Zwar ist diese Auffassung vertretbar, jedoch erscheint sie problematisch. Würde man ihr folgen, müsste das Gericht das Ergebnis von Verhandlungen überprüfen, in welche es selbst involviert war. Das dem abgekürzten Verfahren zugrunde liegende System, wonach sich die Parteien auf der einen und die Staatsanwaltschaft auf der anderen Seite auf ein Verhandlungsergebnis einigen, welches dem neutralen Gericht vorgelegt wird, würde durchbrochen. Dabei besteht jedenfalls eine gewisse Gefahr, dass das Gericht nur ungenügend über das Zustandekommen des zwischen den Parteien und der Staatsanwaltschaft ausgehandelten Kompromisses orientiert sein wird.<sup>30</sup> Gegen die Möglichkeit weiterer Verhandlungen vor Gericht würde auch der Umstand sprechen, dass die Parteien vor der Hauptverhandlung zwar der Anklageschrift zustimmen, sich aber gleichzeitig vorbehalten könnten, im gerichtlichen Verfahren erneut verhandeln zu wollen. Dies alles spricht gegen Nachverhandlungen vor Gericht.<sup>31</sup>

#### e) Prüfung der rechtlichen Subsumtion

Gelangt das Gericht zur Auffassung, der eingestandene Sachverhalt müsse unter eine andere als die in der Anklageschrift genannte (Art. 325 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 325 Abs. 1 lit. g StPO) Norm subsumiert werden, so ist es nach dem Grundsatz «iura novit curia» sowie Art. 344 StPO verpflichtet, die für richtig erachtete Bestimmung anzuwenden.<sup>32</sup> Vorgängig ist allerdings der beschuldigten Person und den übrigen anwesenden Parteien (Art. 361 Abs. 3 StPO) das rechtliche Gehör zu gewähren.

Ergibt sich aufgrund der abweichenden rechtlichen Beurteilung durch das Gericht, dass die Sanktion, auf welche sich die Parteien geeinigt haben, mit dem materiellen Recht (Art. 34 ff. StGB) nicht vereinbar ist, so hat das Gericht grundsätzlich festzustellen, dass die Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren nicht gegeben sind.<sup>33</sup>

29 Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1297. Zustimmend JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 432.

30 Davon gehen offenbar auch JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 434, aus.

31 Im Ergebnis ebenso: SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 8.

32 BOMMER (Fn. 2), S. 18; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 361 N 3, geht davon aus, dass in solchen Fällen die Anklage an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen werden solle.

33 Vgl. dazu nachstehend, lit. f.

## f) Angemessenheit der Sanktionen

Da Absprachen über die Sanktionsfolgen (im Besonderen über das Strafmass) im Rahmen des abgekürzten Verfahrens üblich und zulässig sind, besteht eine gewisse Gefahr unangemessen tiefer oder allenfalls auch unangemessen hoher Strafen.<sup>34</sup> Dennoch wird das Gericht bei der Prüfung der Sanktionsfolgen auf ihre Angemessenheit (Art. 362 Abs. 1 lit. c StPO) Zurückhaltung üben. Sofern nicht gegen das materielle Recht (Art. 34 ff. StGB) verstossen wird, dürfte es richtig sein, wenn das Gericht seine Genehmigung nicht verweigert.<sup>35</sup>

Fraglich ist, ob das Gericht einen ablehnenden Entscheid zu fällen hat, falls es die Art und/oder Höhe der vorgesehenen Sanktionen beanstandet, oder ob es beispielsweise eine mildere als die in der Anklageschrift statuierte Sanktion festlegen dürfte.<sup>36</sup> Erachtet das Gericht die Sanktion gemäss Anklageschrift als unangemessen, so hat es – jedenfalls im Grundsatz – die Zustimmung zur Durchführung des abgekürzten Verfahrens zu verweigern.<sup>37</sup> Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil dem Gericht das Ergebnis der Verhandlungen zwischen der Staatsanwaltschaft und den Parteien – gewissermassen als «Gesamtpaket» – zur Genehmigung vorgelegt wird.<sup>38</sup>

## g) Prüfung der Verteidigungsleistung

Die beschuldigte Person hat im abgekürzten Verfahren gestützt auf Art. 130 lit. e StPO Anspruch auf eine Verteidigerin oder einen Verteidiger. Da es sich dabei um einen Anwendungsfall notwendiger Verteidigung handelt, kommt der Strafbehörde eine gewisse Überwachungspflicht zu. Sie muss nicht nur für die Verteidigung sorgen, falls die beschuldigte Person nicht selbst einen Rechtsbeistand bestellt, sondern gestützt auf ihre Fürsorgepflicht gemäss Verfassungs- (Art. 31 f. BV)<sup>39</sup> und Konventionsrecht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 IPBPR) auch sicherstellen, dass die Verteidigung ihre Pflichten gemäss Art. 12 lit. a BGFA<sup>40</sup> tatsächlich wahrnimmt.<sup>41</sup> Gelangt das Gericht zum Schluss, es liege eine

34 Tendenziell a.M. SCHMID (Fn. 25), Art. 362 N 4.

35 Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 13 f.

36 In diesem Sinne BOMMER (Fn. 2), S.18.

37 Ebenso SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 13 f.; a.M. Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1297; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 432.

38 Dazu kann auf das im Zusammenhang der Überprüfung des Sachverhalts Gesagte verwiesen werden (lit. d).

39 BGE 131 I 361.

40 Bundesgesetz vom 23.6.2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwalts-gesetz, BGFA), SR 935.61.

41 Pra 91 (2002) Nr. 82; BGE 120 Ia 51; 131 I 360 f. m.w.H.; GRAF (Fn. 22), S. 49 ff., 57 ff.; LIEBER (Fn. 25), Art. 130 N 24 und Art. 134 N 13; SCHMID (Fn. 15), N 762; VERNIORY, Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Etudes de droit suisse, Bd. 698, Bern 2005, S. 295 ff.

schwerwiegende Unzulänglichkeit und damit ein Fall ungenügender Verteidigung vor, hat es die Zustimmung zum abgekürzten Verfahren zu verweigern.

## 2. Grundlagen für die richterliche Prüfung

Obschon in der Botschaft ausgeführt wird, die Verhandlungen zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft, seien naturgemäss informeller Natur,<sup>42</sup> sind diese Verhandlungen gerade aus den vorstehend angeführten Erwägungen u.E. gestützt auf Art. 76 ff. StPO möglichst genau zu protokollieren.<sup>43</sup> Zum einen sieht die StPO in Art. 76 Abs. 1 StPO eine Dokumentationspflicht vor für «alle (...) Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich durchgeführt werden». Zum andern müssen die schriftlichen Anträge und sonstigen Akten der Parteien (Art. 77 lit. c und g) zu den Akten genommen werden. Von einer Ausnahme, welche im Zusammenhang mit den Verhandlungen zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren bzw. während desselben gelten soll, ist nirgends die Rede.<sup>44</sup> Besondere Bedeutung kommt dabei der Protokollierung des Geständnisses der beschuldigten Person zu,<sup>45</sup> weil das Gericht zu prüfen hat, ob dieses bzw. die Zustimmung zur Anklage ohne Zwang und Drohungen etc. zustande gekommen ist bzw. ob allenfalls Willensmängel vorliegen könnten.

## IV. Rechtsmittel

Gegen das Urteil im abgekürzten Verfahren kann zwar Berufung erhoben werden (Art. 362 Abs. 5 StPO), jedoch werden im Berufungsverfahren weder Tat- noch Rechtsfragen überprüft. Diese beschränkte Überprüfungsbefugnis ist die logische Konsequenz daraus, dass im abgekürzten Verfahren auf ein Beweisverfahren verzichtet wird (Art. 361 Abs. 4 StPO).

Mit derselben Begründung wird postuliert, auch die Revision, mit der neue, die beschuldigte Person entlastende Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, sei im Falle des im abgekürzten Verfahren ergangenen Urteils ausgeschlossen.<sup>46</sup> Für diese Auffassung spricht, dass in Art. 410 Abs. 1 StPO

42 Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1295.

43 So auch BRAUN, Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren, «Plea bargaining» im Kanton Basel-Landschaft?, Diss. Basel 2003, S. 181; DONATSCH/CAVEGN, Beweisrecht, insbesondere Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige, in: Tag/Hauri (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht, Zürich/St. Gallen 2010, S. 173; HAUSHERR, Das abgekürzte Verfahren in der schweizerischen Strafprozessordnung – Entlastung der Strafverfolgungsbehörden versus Rechtsstaatlichkeit, *forum poenale* 2008, S. 314; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 438; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 15; a.M. SCHMID (Fn. 25), Art. 358 N 3; DERS. (Fn. 15), N 1377 Fn. 81.

44 SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 15.

45 Vgl. dazu im Einzelnen BENEKE (Fn. 1), S. 129 ff.

46 Vgl. Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1297; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 433 («undenkbar»); SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 11.

im Zusammenhang mit dem Objekt der Revision zwar vom Strafbefehl, nicht aber vom Entscheid die Rede ist, welcher im abgekürzten Verfahren ergangen ist. Dieser Entscheid lässt sich jedoch ohne Weiteres unter das Merkmal des «rechtskräftigen Urteils» subsumieren.

Obschon die Parteien gemäss Art. 360 Abs. 1 lit. h StPO mit der Zustimmung zur Anklageschrift auf Rechtsmittel verzichten, wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb beim Strafbefehl, der jedenfalls im Ergebnis – wie das Urteil im abgekürzten Verfahren – ebenfalls auf einer justizähnlichen Vereinbarung beruht, eine Revision möglich sein sollte, generell nicht aber beim Urteil, welches aus einem abgekürzten Verfahren resultiert. Wenn man davon ausgeht, dass sowohl die beschuldigte Person mit ihrem Verteidiger als auch die Staatsanwaltschaft der Durchführung des abgekürzten Verfahrens gestützt auf eine Beurteilung der Prozessaussichten angesichts des bekannten, beweisbaren Sachverhalts zustimmen, so kann es nicht generell unzulässig sein, die Revision durchzuführen, wenn nachträglich neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, welche sich in wesentlicher Weise auf den Entscheid auszuwirken vermögen.<sup>47</sup> Jedenfalls muss nach hier vertretener Auffassung die Revision offenstehen, wenn im Falle der Mitberücksichtigung der betreffenden Tatsachen anstelle eines Schuld- ein Freispruch zu erwarten wäre. Falls beispielsweise ein Bergführer sich der fahrlässigen Tötung seines Klienten schuldig erklärt, weil dieser – im Fels nicht angeseilt – abgestürzt war, und wenn nach dem Urteil im abgekürzten Verfahren ein Abschiedsbrief dieses Klienten gefunden wird, aus welchem ohne Zweifel hervorgeht, dass dieser am betreffenden Tag nicht infolge einer Unachtsamkeit oder fehlenden Könnens und daher nicht wegen der Unterlassung des Bergführers verunfallt ist, sondern Suizid begangen hat, muss eine Revision des Urteils möglich sein. Mit Sicherheit ist ein Eintreten auf das Revisionsgesuch im Fall von Art. 410 Abs. 1 lit. c StPO zu prüfen, wenn die beschuldigte Person etwa nachweislich genötigt worden ist oder eine Strafbehörde sich sonstwie eines Amtsmissbrauchs schuldig gemacht hat.<sup>48</sup> Schliesslich muss die Revision auch in Konstellationen zulässig sein, in denen eine Verletzung der EMRK festgestellt worden ist (Art. 410 Abs. 2 StPO).

47 A.M. SCHMID (Fn. 15), N 1389; DERS. (Fn. 25), Art. 362 N 15.

48 DONATSCH/CAVEGN (Fn. 44), S. 163; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 11.