

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

Marc Thommen/Roberto Faga

Art. 78 [header2=""](#)

Grundsatz

- ¹ Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden gegen Entscheide in Strafsachen.
- ² Der Beschwerde in Strafsachen unterliegen auch Entscheide über:
 - a. Zivilansprüche, wenn diese zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind;
 - b. den Vollzug von Strafen und Massnahmen.

Principe

- ¹ Le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions rendues en matière pénale.
- ² Sont également sujettes au recours en matière pénale:
 - a. les décisions sur les prétentions civiles qui doivent être jugées en même temps que la cause pénale;
 - b. les décisions sur l'exécution de peines et de mesures.

Principio

- ¹ Il Tribunale federale giudica i ricorsi contro le decisioni pronunciate in materia penale.
- ² Al ricorso in materia penale soggiacciono anche le decisioni concernenti:
 - a. le pretese civili trattate unitamente alla causa penale;
 - b. l'esecuzione di pene e misure.

Inhaltsübersicht

Note

I.	Entscheide in Strafsachen (Art. 78 Abs. 1).....	
1.	Definition der «Strafsachen».....	
2.	Endentscheide	
3.	Vor- und Zwischenentscheide	
4.	Vorsorgliche Massnahmen	
5.	Keine Strafsache gemäss bundesgerichtlicher Entscheidung	
6.	Keine Strafsache gemäss gesetzgeberischer Entscheidung	
II.	Entscheide über Zivilansprüche (Art. 78 Abs. 2 lit. a).....	
1.	Definition	
2.	Vorstellungen des Gesetzgebers	
3.	Kritik	
4.	Lösungsvorschlag.....	
5.	De lege ferenda	
6.	Fazit	
III.	Entscheide zu Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 78 Abs. 2 lit. b).....	

Materialien

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuches, der Bundesstrafrechtspflege und des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes (Massnahmen zur Verbesserung der Effizienz und der Rechtsstaatlichkeit in der Strafverfolgung), vom 28.1.1998 (sog. «Effizienzvorlage»), BBl 1998 1529 ff. (zit. Botschaft «Effizienzvorlage»); Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBl 1999 1979 ff. (zit. Botschaft StGB AT); Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202 ff. (zit. Botschaft 2001); AB 2002 N 1449 f.; AB 2003 S 333 ff.; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBl 2002 2022 ff. (zit. Botschaft Kartellgesetz); Bericht BJ an RK-N 2004;¹ Bundesamt für Justiz/Rechtskommission des Nationalrats, Totalrevision der Bundesrechtspflege, Bericht zu den Normvorschlägen der Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz vom 16.3.2004 (zit. Bericht Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz);² Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO); Botschaft zum Bundesgesetz über die Bereinigung und Aktualisierung der Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 1.3.2006, BBl 2006 3067 ff. (zit. Botschaft 2006); Botschaft zur formellen Bereinigung des Bundesrechts vom 22.8.2007, BBl 2007 6121 ff. (zit. Botschaft formelle Bereinigung); Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10.9.2008, BBl 2008 8125 ff. (zit. Botschaft StBOG); Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009;³ Bundesamt für Justiz, Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015 (zit. Bericht VE-BGG); Bundesgesetz über das Bundesgericht, Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015.⁴

¹ Publiziert: www.bj.admin.ch (Themen/Staat & Bürger/Gesetzgebung/Abgeschlossene Projekte/Totalrevision der Bundesrechtspflege).

² Publiziert: www.bj.admin.ch (Themen/Staat & Bürger/Gesetzgebung/Abgeschlossene Projekte/Totalrevision der Bundesrechtspflege).

³ Publiziert: https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/2009_d.pdf

⁴ Beide publiziert auf: www.bj.admin.ch.

Literatur

- O. ABO YOUSSEF, Die Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen – Zugleich Bemerkungen zu BGE 136 IV 29, BGE 136 IV 41 und BGer, Urteil v. 15.4.2010, 6B_127/2010, *forum*poenale 2010/5, 313 ff. (zit. Abo Youssef, *forum*poenale 2010); H. AEMISEGGER, Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: B. Ehrenzeller/R.J. Schweizer (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege, St. Gallen 2006 (zit. Ehrenzeller/Schweizer-Aemisegger); DERS., Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, Jusletter vom 20.7.2009 (zit. Aemisegger, Jusletter 2009); F. BÄNZIGER, Der Beschwerdegang in Strafsachen, in: B. Ehrenzeller/R.J. Schweizer (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege, St. Gallen 2006 (zit. Ehrenzeller/Schweizer-Bänziger); E. BLUMENSTEIN/P. LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl., Zürich 2016 (zit. Blumenstein/Locher, Steuerrecht⁷); F. BOMMER, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006 (zit. Bommer, Verletztenrechte); DERS., Ausgewählte Fragen der Strafrechtspflege nach Bundesgerichtsgesetz, in: P. Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege. Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz. Berner Tage für die juristische Praxis BTJP 2006, Bern 2007 (zit. Tschannen-Bommer); B. CORBOZ, Le pourvoi en nullité, in: Fédération Suisse des Avocats (Hrsg.), Les recours au Tribunal fédéral, Bern 1997 (zit. Corboz, les recours); A. DONATSCH/A. CAVALLO, Entwicklungen im Strafprozessrecht, SJZ 106/2010, 402–405 (zit. Donatsch/Cavallo, SJZ 2010); M. FORSTER, Kettentheorie der Strafprozessualen Beweiswürdigung, ZStR 115/1997, 61 ff. (zit. Forster, ZStR 1997); C. GALEAZZI, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich 2016; R. GARRÉ, I principi del diritto processuale penale (art. 3–11 CPP) – Codificare nel segno della continuità, in: 45 Atti della giornata di studio del 23 ottobre 2009 – CFPG (Hrsg.), Il Codice di diritto processuale penale svizzero, a cura di Mario Postizzi e Mattia Annovazzi, Lugano/Basel 2010, 31 ff. (zit. Garré, i principi); P. GOLDSCHMID, Das Zwangsmassnahmengericht, Funktion – Stellung – Verfahrensfragen, *forum*poenale 1/2011, 37 ff.; P. GUIDON, Zur Anfechtbarkeit verfahrensleitender Entscheide erstinstanzlicher Gerichte, *forum*poenale 1/2012, 26 ff. (zit. Guidon, Anfechtbarkeit); P. GUIDON/W. WÜTHRICH, Zur Praxis bei Beschwerden gegen das Bundesstrafgericht, *plädoyer* 4/2005, 34 ff. (zit. Guidon/Wüthrich, *plädoyer* 2005); T. HABERLI, Das Opferhilferecht unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesgerichts, ZBJV 138/2002, 361–399; Y. JEANNERET, La partie plaignante et l'action civile, ZStR 3/2010, 297 ff. (zit. Jeanneret, ZStR 2010); Y. JEANNERET/R. ROTH, Le recours en matière pénale, in: B. Foëx/M. Hottelier/N. Jeandin (Hrsg.), Les recours au Tribunal fédéral, Zürich 2007, 109 ff. (zit. Foëx/Hottelier/Jeandin-Jeanneret/Roth); C. KISS, Das neue Bundesstrafgericht, AJP 2003, 141 ff. (zit. Kiss, AJP 2003); G. KOLLY, Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, Bern 2004 (zit. Kolly, pourvoi en nullité); V. LIEBER, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, ZStR 2/2008, 174 ff. (zit. Lieber, ZStR 2008); I. MEIER, Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren illustriert am Recht des Strassenverkehrs, der Finanzmarktaufsicht und der Heilmittellordnung, Zürich 2017 (zit. Meier, Dualismus); L. MEYER, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010, 798 ff. (zit. Meyer, ZBJV 2010); L. MOREILLON, Le recours en matière pénale, in: U. Portmann (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne 2007 (zit. Portmann-Moreillon); G. NAY, Das neue Bundesgerichtsgesetz im Kontext der Justizreform, in: St. Breitenmoser/B. Ehrenzeller/M. Sassòli/W. Stoffel/B. Wagner Pfeifer (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – Liber amicorum Luzius Wildhaber, 1469 ff. (zit. FS Wildhaber-Nay); DERS., Recht haben und Recht bekommen vor Bundesgericht, in: M.A. Niggli/J.H. Pozo/N. Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007, 453–466 (zit. FS Riklin-Nay); N. OBERHOLZER, Das Rechtsmittelsystem der Schweizerischen Strafprozessordnung – Beschwerde, Berufung, Revision, AJP 2011, 39–48; N. RUCKSTUHL, Die Beschwerde in Strafsachen macht's leichter, *plädoyer* 4/2007, 28 ff. (zit. Ruckstuhl, *plädoyer* 2007); N. SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004 (zit. Schmid, Strafprozessrecht⁴); DERS., Die Strafrechtsbeschwerde nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht – eine erste Auslegeordnung, ZStR 2006, 160 ff. (zit. Schmid, ZStR 2006); M. SCHUBARTH, Die Einheitsbeschwerde in Strafsachen – Flop oder Ei des Columbus?, ZStR 2002, 62 ff. (zit. Schubarth, ZStR 2002); P. SUTTER, Rechtsschutzlücke gegen Urteile des Bundesstrafgerichts über Zivilansprüche (Adhäsionsklagen), AJP 2007, 214 ff. (zit. Sutter, AJP 2007); N. TAMM, Besonderer Schutz und besondere Rechte im Strafverfahren, Kommentierung zu Art. 37 OHG, in: P. Gomm/D. Zehntner (Hrsg.), Kommentar zum Opferhilfegesetz, 3. Aufl., Bern 2009 (zit. Gomm/Zehntner-Tamm); M. THOMMEN, Kosten und Entschädigungen in strafrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, *forum*poenale 2009/1, 51 ff. (zit. Thommen, *forum*poenale 2009); DERS., Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht, in: A. Niggli/Marianne Heer/Stefan Heimgartner/Marc Thommen (Hrsg.), *Toujours agité – jamais abattu*, Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011 (zit. FS Wiprächtiger-Thommen); DERS., Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013 (zit. Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess); M. THOMMEN/H. WIPRÄCHTIGER, Die Beschwerde in Strafsachen, AJP 2006, 651 ff. (zit. Thommen/Wiprächtiger, AJP 2006); M. ZIEGLER, Zur Rechtsnatur der künftigen Einheitsbeschwerden – Lückenhaftes Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), SJZ 102/2006, 56 f. (zit. Ziegler, SJZ 2006).

I. Entscheide in Strafsachen (Art. 78 Abs. 1)

1. Definition der «Strafsachen»[header=skip](#)

[header2="1, 1a"](#)Die besonderen Bestimmungen zur Beschwerde in Strafsachen finden sich in 1 Art. 78–81 und regeln das Anfechtungsobjekt, die zulässigen Vorinstanzen sowie die Beschwerdelegitimation. Gemäss der Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zählt die Beschwerde in Strafsachen zu den ausserordentlichen und grundsätzlich kassatorischen Rechtsmitteln.⁵

[header2="1, 1a"](#)Art. 78 beschäftigt sich mit dem Anfechtungsobjekt der Beschwerde in 1a Strafsachen und sieht zunächst vor, dass das Bundesgericht Beschwerden gegen *Entscheide in Strafsachen* beurteilt.⁶ Mit dem Erfordernis der Strafsache knüpft Art. 78 zur Beurteilung der Zulässigkeit von Anfechtungsobjekten an ein inhaltliches Kriterium an (zu den formellen Kriterien vgl. Art. 90–94). Dies wirft die Frage auf, welche Entscheide Strafsachen i.S.v. Art. 78 Abs.1 sind.⁷[header=skip](#)

[header2="1b - 1e"](#)Ausschlaggebend ist nach bundesgerichtlicher 1b Rechtsprechung das dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Recht: *«der Begriff <Entscheide in Strafsachen> [umfasst] sämtliche Entscheidungen, denen materielles Strafrecht oder Strafprozessrecht zu Grunde liegt»*.⁸ Als Strafsachen gelten damit Entscheide, die sich auf materielles Bundeskern- (StGB) und Nebenstrafrecht (SVG, BetmG, WG etc.) sowie

⁵ BGer, StA, 24.8.2007, 6B_146/2007, E. 7.2, nicht publ. in BGE 133 IV 293; BGer, StA, 23.8.2012, 6B_843/2011, E. 2.3.2; ähnlich ZIEGLER, SJZ 2006, 56f.; s.a. BGer, StA, 11.11.2008, 6B_440/2008/6B_441/2008/6B_454/2008, E. 3.3, dazu Art. 103 N 23a; diese Einteilung ist in der Lehre nicht unbestritten, vgl. für eine Übersicht S. KOCH, Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz, Zürcher Studien zum Strafrecht Band/Nr. 71, Zürich 2014, 174 ff.; (teilweise) abweichend z.B. SCHMID-Handbuch², Rz. 1628 («tendenziell eher ordentliches»); A. MACALUSO/G. PIQUEREZ, Procédure³, Rz. 2160 ff. («réformatoire et cassatoire»); DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS², Strafprozessrecht, 339 f. (grundsätzlich reformatorisch); bemerkenswert ist, dass das BGer die Beschwerde in *öffentlich-rechtlichen* Angelegenheiten als ordentliches und grundsätzlich reformatorisches Rechtsmittel bezeichnet (BGE 138 II 169 E. 3.3).

⁶ BGer, I. ÖRA, 24.5.2017, 1B_29/2017, E. 1.1, nicht publ. in BGE 143 IV 270.

⁷ Nach DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2449, ist nicht die Anwendung «allgemeiner strafrechtlicher Prinzipien» massgebend, sondern *«l'inscription de la décision attaquée dans la filière pénale»*.

⁸ BGE 134 IV 36 E. 1.1.; BGer, StA, 13.6.2013, 6B_48/2013, E. 1.2.; I. ÖRA, 20.2.2007, 1B_6/2007, E. 1.2.

eidgenössisches Strafprozessrecht (StPO) stützen.⁹ Auch Entscheide, die in Anwendung von Bundesverfassungsrecht (Art. 31 f. BV) und völkerrechtlicher Regeln zum Strafprozess (z.B. Art. 5 und 6 EMRK) erlassen werden, sind als Strafsachen zu qualifizieren.¹⁰ Gleiches gilt betreffend Entscheide gestützt auf das Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG).¹¹

1c Ebenso taugliche Anfechtungsobjekte sind Entscheide, denen *kantonales* Straf- und Strafprozessrecht zugrunde liegt.¹² Der Umstand, dass die Verletzung kantonalen Rechts nur einer eingeschränkten bundesgerichtlichen Überprüfung unterliegt, ändert nichts an der strafrechtlichen Natur (i.S.v. Art. 78 Abs. 1) von Entscheiden, die sich auf kantonales Strafrecht stützen.¹³

1d Auch nach Vereinheitlichung des Strafprozessrechts auf Bundesebene und der damit einhergehenden weitgehenden Abschaffung der kantonalen Strafprozessordnungen verbleibt noch ein Restbereich kantonalen Strafprozessrechts, welcher die strafrechtliche Natur eines Entscheides zu begründen vermag. Dies gilt etwa, wenn die Kantone die Regeln der schweizerischen Strafprozessordnung für das kantonale Strafrecht für anwendbar erklären.¹⁴ Entscheide in Anwendung der kantonalen Gerichtsorganisationsbestimmungen gelten als Strafsachen, wenn ein hinreichend enger Zusammenhang zum Strafrecht gegeben ist.¹⁵

1e [header2="1b - 1e"](#)Weiter sind Entscheide im Bereich des **Verwaltungsstrafrechts** Strafsachen i.S.v. Art. 78 Abs. 1. Hat das zuständige Departement des Bundes die Angelegenheit den kantonalen Gerichten zur Beurteilung überwiesen (Art. 21 Abs. 1 VStrR) oder wurde die Beurteilung durch (kantonale) Gerichte vom Betroffenen verlangt (Art. 21 Abs. 2 VStrR), so sind die letztinstanzlichen kantonalen Entscheide in diesen Angelegenheiten mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar.¹⁶ Ebenso können

⁹ Früher auch strafrechtliche Entscheide gestützt auf das Opferhilfegesetz (OHG) und das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (BStP), dazu DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2458.

¹⁰ Weitere Beispiele bei DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2451.

¹¹ BGer, I. ÖRA, 20.9.2016, 1B_85/2016, E. 1; DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2457 f.

¹² BGE 133 I 270 E. 1.1; 134 IV 36 E. 1.1; BGer, I. ÖRA, 5.5.2014, 1B_45/2014, E. 2; zu Entscheiden gestützt auf kant. Strafrecht vgl. Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 78 N 7.

¹³ So zu Recht DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2461.

¹⁴ Vgl. etwa § 2 GOG/ZH.

¹⁵ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 78 N 3

¹⁶ Vgl. noch unter altem Recht BGer, StA, 14.12.2006, 6P.17/2006, E. 1.3.2, betr. ein kantonalgerichtlich beurteiltes Verwaltungsstrafverfahren aus dem Bereich des Spielbankengesetzes; in der gleichen Sache nunmehr BGer, StA, 27.10.2007, 6B_205/2007; I. ÖRA, 28.9.2010, 1B_210/2010, E. 1; s.a. BGE 121 IV 326 E. 3a.

Verwaltungsstrafsachen, die der Bundesrat nach Art. 21 Abs. 3 VStrR dem Bundesstrafgericht zur Beurteilung überwiesen hat, mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden. Innerhalb des Bundesstrafgerichts ist die Strafkammer zum Entscheid zuständig.¹⁷ Die verwaltungsstrafrechtlichen Angelegenheiten, welche der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zur Entscheidung zugewiesen sind,¹⁸ können nur an das Bundesgericht weitergezogen werden, sofern sie Zwangsmassnahmen betreffen.¹⁹ Die übrigen Angelegenheiten („Anstände“) entscheidet die Beschwerdekammer letztinstanzlich.²⁰

Die Klärung der Rechtsgrundlage allein definiert einen Entscheid jedoch nicht, sondern wirft 1f vielmehr die weitere Frage nach dem Umfang des materiellen eidgenössischen oder kantonalen Strafrechts auf. Es geht also mit anderen Worten um eine prozessrechtliche Umschreibung des Strafrechts: Diese Frage kann sowohl anhand inhaltlicher Kriterien (N 2) als auch in Form einer Enumeration unter Berücksichtigung der Natur des Anfechtungsobjekts (Endentscheide, Vor- und Zwischenentscheide sowie vorsorgliche Massnahmen; N 3 ff.) beantwortet werden.

In inhaltlicher Hinsicht wurde – noch vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes – 2 vorgeschlagen, bei der Begriffs Umschreibung auf die von der Strassburger Rechtsprechung zu **Art. 6 EMRK** entwickelte Definition der «strafrechtlichen Anklage» abzustellen.²¹ Diese Definition berücksichtigt nicht nur die Bezeichnung, sondern vor allem auch den Inhalt des gefällten Entscheids und dessen Auswirkungen für den Betroffenen. Mit anderen Worten wird danach gefragt, ob die „wahre Natur“ des dem angefochtenen Entscheid vorangegangenen Verfahrens unter Einbezug von Art und Ziel sowie Schwere der Sanktion strafrechtlicher Natur ist.²² Dieses Vorgehen steht auf den ersten Blick grundsätzlich im Einklang mit der ratio legis der gesamten Gesetzesrevision, war doch deren erklärtes Ziel die Vereinfachung des Rechtsmittelwegs. Die Einheitsbeschwerde kann ihre vereinheitlichende Funktion nur bei

¹⁷ Art. 35 Abs. 2 StBOG; ehemals: Art. 26 lit. b SGG i.V.m. Art. 80 Abs. 1.

¹⁸ Art. 37 Abs. 2 lit. b StBOG; Art. 25 Abs. 1 VStrR.

¹⁹ Art. 26 Abs. 1 VStrR; Art. 79; vgl. BGer, I. ÖRA, 1.9.2009, 1B_63/2009, E. 1.1; BGE 139 IV 246 E. 1.3.

²⁰ Art. 30 Abs. 5 und Art. 98 Abs. 2 VStrR; zum Weiterzug bundesstrafgerichtlicher Entscheide im Detail Art. 80 N 6 ff.

²¹ THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 652; EGMR-Urteil i.S. Engel et al. v. die Niederlande (Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) vom 8.6.1976, §§ 80 ff.

²² BGE 128 I 346 E. 2.1 m.Hinw. (betr. Disziplinaraufsicht über die Rechtsanwälte); St. TRECHSEL/S. SUMMERS, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005, 14 ff.; MEIER, Dualismus, S. 36 ff.

Zugrundelegung eines weiten materiellen Begriffs der Strafsache vollumfänglich übernehmen. Zu beachten ist allerdings, dass es sich bei der «strafrechtlichen Anklage» um einen autonomen Begriff des Konventionsrechts handelt, welcher mit Blick auf die Durchsetzung der Verfahrensgarantien entwickelt wurde.²³ Überdies gibt es Bereiche, die von der Beschwerde in Strafsachen ausgenommen sind, obwohl sie unter den konventionsrechtlichen Begriff der «strafrechtlichen Anklage» fallen (vgl. dazu N ■).²⁴ Einer uneingeschränkten Übernahme der entsprechenden Definition auf den Begriff der «Strafsache» i.S.v. Art. 78 ist damit zumindest kritisch gegenüber zu stehen.

- 3 In den Worten des **Bundesgerichts** gelten als Strafsachen nach Art. 78 Abs. 1 «*toute décision relative à la poursuite ou au jugement d'une infraction*».²⁵ Diese weite Definition bedarf der Konkretisierung. In der Folge soll deshalb anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 78 Abs. 1 der Versuch unternommen werden, die beschwerdefähigen Strafsachen nach der Natur des Anfechtungsobjekts zu definieren (2. Endentscheide, N 6; 3. Vor- und Zwischenentscheide, N 7; 4. Vorsorgliche Massnahmen, N 8; vgl. auch Art. 90 ff.).
- 4 Die nachfolgend dargestellte Kasuistik zur Einstufung von Rechtsmitteln als Beschwerden in «Strafsachen», «Zivilsachen» oder «öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten» sollte nicht den Blick dafür verstellen, dass die Abgrenzung in erster Linie für die bundesgerichtsinterne Beschwerdebehandlung relevant ist.²⁶ Bei im Übrigen gegebenen Eintretensvoraussetzungen schadet eine **falsche Bezeichnung** der Beschwerde dem Beschwerdeführer nicht.²⁷ Das Bundesgericht prüft die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen.²⁸
- 5 Diese Prüfung von Amtes wegen darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Bundesgericht auch in Bezug auf die Sachurteilsvoraussetzungen von einer **Mitwirkungspflicht** ausgeht: «*Der Beschwerdeführer hat darzulegen, dass die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen gegeben sind. Soweit diese nicht ohne Weiteres ersichtlich sind, ist es nicht Aufgabe des Bundesgerichts anhand der Akten oder weiterer noch beizuziehender Unterlagen nachzuforschen, ob und*

²³ TSCHANNEN-BOMMER, 155 f.; ebenfalls kritisch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2449 ff.

²⁴ Vgl. dazu die Art. ■ N ■ ff.

²⁵ BGE 133 IV 335 E. 2.

²⁶ Vgl. Art. 29 ff. des Reglements vom 20.11.2006 für das Bundesgericht (BGerR; SR 173.110.131, Fassung vom 17.3.2014).

²⁷ BGE 137 IV 269 E. 1.6; 134 III 379 E. 1.2; BGer, I. ÖRA, 24.8.2016, 1C_186/2016, E. 1.2; StA, 13.11.2007, 6B_300/2007, E. 1.2; I. ÖRA, 19.3.2010, 1B_370/2009, E. 1.1; s.a. MEYER, ZBJV 2010, 805.

²⁸ Art. 29 Abs. 1; BGE 142 II 363 E. 1; 135 II 94 E. 1.

inwiefern der als Beschwerdeführer auftretende Private zur Beschwerde zuzulassen ist.»²⁹ Diese Mitwirkungspflicht geht klar über den Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 hinaus. Danach sind nur die «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» und der «besonders bedeutende Fall» nach Art. 84 zu begründen. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen müssten nach Art. 29 Abs. 1 von Amtes geprüft werden. Das Bundesgericht hat aber wiederholt festgehalten, dass die der Beschwerdeführenden Partei obliegende Begründungspflicht gemäss Art. 42 Abs. 2 auch die Eintretensvoraussetzungen umfasst, wenn die Zulässigkeit eines Rechtsmittels zweifelhaft ist. In diesem Fall müssen die für das Vorliegen der Eintretensvoraussetzungen massgebenden Aspekte aufgezeigt werden.³⁰ Die Beschwerdeführenden sind deshalb gut beraten, bei der Eintretensfrage zu allen relevanten Beschwerdevoraussetzungen Ausführungen zu machen. Das gilt für das Anfechtungsobjekt (Art. 90 ff.), den Beschränkungsausschluss (z.B. Art. 73 und 83), die Streitwertgrenzen (Art. 74 und 85) und vor allem die Legitimation (Art. 76, 81, 89 etc.). Fehlen solche Ausführungen, sollte der beschwerdeführenden Partei jedoch Gelegenheit zur Nachbesserung eingeräumt werden.³¹

2. Endentscheide^{header=skip}

^{header2="6 – 6b"}Anfechtbar sind zunächst alle Endentscheide (Art. 90) in 6 Strafsachen. Dazu zählen in erster Linie **Strafurteile**, mit denen ein Straffall materiell durch Verurteilung oder Freispruch abgeschlossen wird. **Verfahrenseinstellungen** schliessen das Verfahren formell ab, sind freisprechenden Endentscheiden gleichgestellt (Art. 320 Abs. 4 StPO) und ebenfalls mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar.³² Das Gleiche gilt für **Nichtanhandnahmeverfügungen**.³³ Auch andere verfahrensabschliessende Entscheide, wie die

²⁹ BGE 133 II 249 E. 1.1.

³⁰ Vgl. etwa BGer, II. ÖRA, 12.1.2017, 2C_429/2016, E. 1.1; II. ÖRA, 8.12.2016, 2C_1108/2016, E. 2.1; I. ÖRA, 29.8.2016, 1B_209/2016, E. 1.1; zustimmend SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLER, BGG², Art. 29 N 5.

³¹ Insofern zu streng: BGE 140 I 252 E. 2.

³² Vgl. auch Art. 33 lit. c BGerR.

³³ SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLER, BGG², Art. 78 N 3 („Im Vordergrund stehen verfahrensabschliessende Endentscheide über Nichtanhandnahme oder Einstellung des Verfahrens, Freispruch oder Verurteilung, Festsetzung und Bemessung der Sanktion, Anrechnung der Untersuchungshaft [BGE 133 IV 150 E. 1.1], adhäsionsweise Zivilklagen, Kosten und Entschädigungen (BGE 139 IV 206 E. 1), Freigabe und

Anordnung von Massnahmen bei **Schuldunfähigen** in einem Urteil (Art. 374 f. StPO) oder **selbständige Einziehungsentscheide**³⁴ nach Art. 376 ff. StPO (sog. "non-conviction based confiscation orders"), gelten als Strafsachen i.S.v. Art. 78 Abs. 1.³⁵ Soweit ein Endentscheid vorliegt, können sämtliche Haupt- (Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, Sanktionen [Strafen und Massnahmen]) und Nebenpunkte (Zivilforderungen, Kosten, Entschädigungen, Anrechnung Untersuchungshaft etc.) angefochten werden.³⁶

6a **Teilurteile**, welche im Bereich des Strafrechts insbesondere in Gestalt von **Tat- oder Schuldinterlokuten** ergehen, können nach eindeutiger gesetzlicher Anordnung (Art. 342 Abs. 4 StPO) erst mit dem Endurteil angefochten werden. Es soll sich hierbei auch nicht um Teilentscheide i.S.v. Art. 91 handeln.³⁷ Unter Umständen liegt aber ein selbständig eröffneter Vorentscheid vor, dessen erfolgreiche Anfechtung das Verfahren sofort beenden könnte (Art. 93 Abs. 1 lit. b).

6b [header2="6 – 6b"](#)Nebst diesen unumstrittenen Fällen hat das Bundesgericht folgende Entscheide als Strafsachen i.S.v. Art. 78 Abs. 1 eingestuft:

- **Staatshaftungsansprüche** eines zu Unrecht wegen Mordverdachts Inhaftierten (BGer, StA, 13.11.2007, 6B_300/2007). Das Bundesgericht hielt fest, dass die Einstellungsverfügung grundsätzlich der Beschwerde in Strafsachen unterliegt. Die **Parteikosten** – im Wesentlichen die Kosten für die private und/oder amtliche Vertretung – sind untrennbar mit dem

Verrechnung einer Kaution (BGE 135 I 63 E. 1.1) sowie über alle weiteren Nebenfolgen einer strafrechtlichen Verurteilung.“).

³⁴ BGE 133 IV 278 E. 1.2.2; 130 I 360 E. 14.3; zu den verschiedenen selbständigen Einziehungen vgl. M. THOMMEN, Kommentar Art. 69 StGB N 47 ff., in: J.-B. Ackermann (Hrsg.) Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Zürich 2017 (im Druck) ■.

³⁵ BGE 133 IV 278 E. 1.2.2 i.f. („*Dans ces conditions, le recours en matière pénale déposé contre une décision de la Cour des plaintes, qui concerne une décision de confiscation et de dévolution à l'Etat de valeurs patrimoniales, est recevable.*“), Pra 2008 Nr. 69, ■Seitenzahl■.

³⁶ Für Entschädigungsansprüche nach Art. 429 StPO s. BGE 139 IV 206 E. 1; im Übrigen SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 78 N 3 („*Der Begriff «Entscheide in Strafsachen» umfasst 'toute décision relative à la poursuite ou au jugement d'une infraction' (BGE 133 IV 335 E. 2). Im Vordergrund stehen verfahrensabschliessende Endentscheide über Nichtanhandnahme oder Einstellung des Verfahrens, Freispruch oder Verurteilung, Festsetzung und Bemessung der Sanktion, Anrechnung der Untersuchungshaft (BGE 133 IV 150 E. 1.1), adhäsionsweise Zivilklagen, Kosten und Entschädigungen (BGE 139 IV 206 E. 1), Freigabe und Verrechnung einer Kaution (BGE 135 I 63 E. 1.1) sowie über alle weiteren Nebenfolgen einer strafrechtlichen Verurteilung.*“).

³⁷ SCHMID, Handbuch², Rz. 1328.

Strafverfahren verbunden und werden wie die **Verfahrenskosten** vom Strafrichter beurteilt. Rügen gegen deren Festsetzung sind dementsprechend mit Beschwerde in Strafsachen zu erheben (E. 1.1; bestätigt in: BGE 135 IV 43 E. 1.1.1).

- Der Entscheid über **Entschädigungsansprüche** eines vom Vorwurf der sexuellen Nötigung Freigesprochenen unterliegt der Beschwerde in Strafsachen. Nicht nur die Entschädigungen für Verteidigungskosten (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO), sondern auch für wirtschaftliche Einbussen (lit. b) und schwere Verletzungen der persönlichen Verhältnisse (lit. c) sind Entscheide in Strafsachen (BGE 139 IV 206 E. 1).
- Ebenfalls als Strafsache gelten Entscheide betreffend die Frage, ob sich die strittigen Ansprüche auf die Strafprozessordnung oder das frühere kantonale Recht stützen (BGE 139 IV 206 E. 1).
- Der Entscheid betreffend den Vollzug von strafprozessualer Haft (sog. „Haftvollzugsbeschwerde“ nach Art. 235 Abs. 5 StPO) ist ein Entscheid in Strafsachen (BGE 143 I 241 E. 1).
- **Entschädigung und Genugtuung** bei ungerechtfertigter (Art. 429 StPO) und rechtswidriger **Haft** (Art. 431 Abs. 1 StPO) sowie bei Überhaft (Art. 431 Abs. 2 StPO) sind mit Beschwerde in Strafsachen anzufechten (vgl. etwa BGE 142 IV 245 E. 4; BGer, StA, 27.10.2016, 6B_747/2016, E. 1.1; StA, 12.1.2017, 6B_1076/2016).³⁸ Mit der Strafprozessordnung sind diese Entschädigungsansprüche nunmehr untrennbar mit dem Strafverfahren verbunden (BGE 139 IV 206 E. 1).³⁹ Entschädigung und Genugtuung aber, die nicht in einem Strafverfahren ausgerichtet werden und bei denen es sich nicht um Ansprüche aus strafprozessualen Normen handelt, unterliegen der streitwertbegrenzten Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.⁴⁰ Da das Bundesgericht seine Zuständigkeit von Amtes wegen prüft (Art. 29 Abs. 1) und eine falsche Bezeichnung der Beschwerde nicht schadet, ist die Abgrenzung – zumindest soweit die Streitwertgrenzen erreicht sind – in erster Linie für die bundesgerichtsinterne Beschwerdebehandlung und weniger für die beschwerdeführende Partei relevant.⁴¹ Im Vernehmlassungsentwurf (Art. 79a Abs. 1 lit. b und

³⁸ Vgl. zur Terminologie von ungerechtfertigter und rechtswidriger Haft sowie Überhaft BSK StPO²-WEHRENBURG/FRANK, Art. 431 N 3 f.

³⁹ Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 78 N 20.

⁴⁰ Beispielsweise gestützt auf § 55 des Polizeigesetzes des Kantons Zürich vom 23.4.2007 (PolG; LS 550.1) i.V.m. dem Haftungsgesetz vom 14.9.1969 (LS 170.1); vgl. auch N ■.

⁴¹ N ■.

Abs. 2, Variante) wird sogar vorgeschlagen, für den Anspruch der beschuldigten Person auf eine staatliche Entschädigung oder Genugtuung grundsätzlich Streitwertgrenzen einzuführen.⁴²

- [header2="6b"](#)Entscheide des Bundesstrafgerichts über die Festsetzung der Entschädigung der **amtlichen Verteidigung** und der unentgeltlichen **Verbeiständung** der Privatklägerschaft unterliegen der Beschwerde in Strafsachen. Das Gleiche gilt für Entscheide der kantonalen Beschwerde- und Berufungsinstanz, soweit sie im Rechtsmittelverfahren die Entschädigung der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das erstinstanzliche Verfahren festsetzen (BGE 140 IV 213 E. 1.6; vgl. Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO für die Festsetzung der Entschädigung im Verfahren vor der Beschwerdeinstanz oder dem Berufungsgericht; setzt die kantonale Rechtsmittelinstanz die Entschädigung für das erstinstanzliche und zweitinstanzliche Verfahren fest, ist das Bundesstrafgericht alleinige Rechtsmittelinstanz, BGE 141 IV 187 E. 1.2 und 140 IV 213 E. 1.6).
- Der Entscheid über die Freigabe und Verrechnung einer **Kaution** mit den Verfahrenskosten gilt als Strafsache (BGE 135 I 65 E. 1.1).
- Die Anfechtung einer in einem Endentscheid nicht an die Strafe **angerechneten Untersuchungshaft** ist mit Beschwerde in Strafsachen vorzubringen (BGE 133 IV 150 E. 1.1).
- Als Strafsachen gelten wie erwähnt (N 1 ■) auch nebenstrafrechtliche Erkenntnisse. So der Freispruch vom Vorwurf des fahrlässigen Wildernlassens eines Hundes i.S.v. Art. 18 Abs. 1 lit. d und Art. 18 Abs. 3 des **Bundesgesetzes über die Jagd** und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSG). Dieser kann von der Staatsanwaltschaft mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden (BGE 134 IV 36 E. 1.1).
- Der Entscheid über die Verwendung des Erlöses aus der **Verwertung** eines **eingezogenen Gegenstands** zu Gunsten des Geschädigten (Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB) ist ein Entscheid in Strafsachen i.S.v. Art. 78 Abs. 1 (BGer, StA, 6B_53/2009 vom 24.8.2009, E. 1.2; bestätigt in BGer, StA, 8.4.2013, 6B_659/2012, E. 1).
- Gegen die Freigabe einer strafprozessualen **Beschlagnahme** beziehungsweise Kontosperrung im Strafurteil kann die geschädigte Bank Beschwerde in Strafsachen erheben (BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/2007, E. 1.1; StA, 28.1.2013, 6B_398/2012, E. 1).
- Nach BGE 133 IV 278 E. 1.1 ist die vor der Einleitung einer Voruntersuchung angeordnete **Einziehung von Vermögenswerten** ein Endentscheid, der materielles Strafrecht betrifft.

⁴² N ■.

3. Vor- und Zwischenentscheide^{header=skip}

^{header2="7, 7a"}Auch Vor- und Zwischenentscheide unterliegen der Beschwerde (Art. 92 f.).⁷ Hierbei handelt es sich um Entscheide, die „das Verfahren nicht abschliessen (Art. 90 e contrario), sondern bloss eine formell- oder materiellrechtliche Frage im Hinblick auf die Verfahrenserledigung regeln, mithin einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid darstellen“.⁴³ Vorentscheide (décisions préjudicielles; decisioni pregiudiziali) haben eine materiellrechtliche, Zwischenentscheide (décisions incidentes; decisioni incidentali) eine prozessrechtliche Vorfrage zum Gegenstand.⁴⁴ Die Unterscheidung hat keine praktische Bedeutung, da sowohl Vor- als auch Zwischenentscheide – soweit sie nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betreffen (Art. 92) – nur anfechtbar sind, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht, oder wenn bei Gutheissung der Beschwerde sofort ein Endentscheid herbeigeführt und damit ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann (Art. 93). Der Rechtsweg bei Anfechtung eines Vor- oder Zwischenentscheides richtet sich *nach der Hauptsache*. Gegen das einem Anwalt im Strafprozess wegen Interessenkonflikten auferlegte Verbot, eine Partei zu vertreten, ist deshalb die Beschwerde in Strafsachen zu ergreifen.⁴⁵

^{header2="7, 7a"}Praktisch am relevantesten sind die **strafprozessualen** Vor- und ^{7a} Zwischenentscheide.⁴⁶ Dazu zählen – zumindest nach der Vorstellung des Bundesrats – insbesondere die **Haftentscheide**⁴⁷, aber auch andere strafprozessuale Zwangsmassnahmen

⁴³ BGE 136 V 131 E. 1.1.2.

⁴⁴ BGE 130 III 76 E. 3.1.3; im Detail Art. 93 N 1 ff.; s.a. SCHMID, ZStrR 2006, 175; TSCHANNEN-BOMMER, 163 ff.

⁴⁵ BGer, I. ÖRA, 14.11.2011, 1B_434/2010, E. 3, als Präzisierung der Rechtsprechung, nachdem das BGer in früheren Entscheiden bei Vertretungsverboten zum Teil die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als zutreffendes Rechtsmittel angesehen hatte; vgl. dazu auch N. RASELLI/B. DOLD, Erste Erfahrungen mit der schweizerischen Strafprozessordnung, AJP 2012, 442 ff., 453.

⁴⁶ Im Detail Art. 93 N 1 ff.; s.a. SCHMID, ZStrR 2006, 175; TSCHANNEN-BOMMER, 163 ff.; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 93 N 1 ff.; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 93 N 2 ff.; Commentaire LTF²-CORBOZ, Art. 93 N 1 ff.

⁴⁷ Botschaft 2001 4334.

(geheime Überwachungsmaßnahmen wie Telefonüberwachungen⁴⁸, Beschlagnahmen⁴⁹ etc.). In seinem ersten Haftentscheid unter dem Regime des Bundesgerichtsgesetzes hat das Bundesgericht Haftrichterentscheide noch als Zwischenentscheide eingestuft,⁵⁰ liess die Frage in der Folge allerdings wieder offen.⁵¹ In jüngeren Entscheiden verweist das Bundesgericht wiederum teilweise auf Art. 93.⁵² Es qualifiziert Haftrichterentscheide mithin zu Recht als Zwischenentscheide, ohne aber Art. 93 in jedem Fall ausdrücklich anzuführen. Zur Verhinderung unzulässiger Vorbefassungen werden strafprozessuale Zwischenentscheide bundesgerichtsintern von der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung behandelt, sind aber gleichwohl als «Beschwerden in Strafsachen» zu verfassen.⁵³

7b Bei den Zwischenentscheiden ist in der Regel weniger die Qualifikation als Strafsache umstritten als vielmehr, ob ein nicht wieder gutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a vorliegt.⁵⁴ Im Einzelnen hat das Bundesgericht folgende Vor- und Zwischenentscheide als Strafsachen i.S.v. Art. 78 Abs. 1 behandelt:

- Die Ablehnung eines **Haftentlassungsgesuchs** (BGE 133 I 270 E. 1.1).
- Die Nichtanordnung der **Untersuchungshaft** (BGE 138 IV 92 E. 1.1).
- **Haftentlassungsentscheide** des Präsidenten der **Strafkammer** des Bundesstrafgerichts gelten nunmehr auch als anfechtbare Strafsachen (BGE 134 IV 237 E. 1; vgl. noch BGer, I. ÖRA, 31.1.2008, 1B_23/2008, E. 2).

⁴⁸ BGE 137 IV 340 E. 2.1; 140 IV 40 E. 1.1 (betr. nachträgliche Anfechtbarkeit von geheimen Telefonüberwachungen); BGer, I. ÖRA, 2.9.2009, 1B_194/2008, E. 1.1 zum ehemaligen Art. 10 des Bundesgesetzes betr. die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1) vom 6.10.2000; heute ist diese Überwachung geregelt in: Art. 269 ff. StPO.

⁴⁹ Zahlreiche weitere Beispiele bei SCHMID, Handbuch², 1651 ff.; DERS., ZStrR 2006, 175.

⁵⁰ BGer, I. ÖRA, 13.2.2007, 1B_3/2007, E. 2.

⁵¹ BGE 133 I 270 E. 1.1; BGer, I. ÖRA, 26.2.2007, 1B_12/2007; I. ÖRA, 28.2.2007, 1B_8/2007.

⁵² BGer, I. ÖRA, 1.6.2017, 1B_194/2017, E. 1; I. ÖRA, 5.2.2016, 1B_21/2016, E. 1.

⁵³ Art. 29 Abs. 3 Reglement für das Bundesgericht vom 20.11.2006 (BGerR; SR 173.110.131); BGer, I. ÖRA, 13.2.2007, 1B_3/2007, E. 2; Spezialfall: BGE 133 IV 278 E. 1.1 (vor der Einleitung einer Voruntersuchung angeordnete Einziehung von Vermögenswerten als Endentscheid, der von der strafrechtlichen Abteilung behandelt wird). Weshalb demgegenüber Haftsachen im Nachverfahren nicht in den Zuständigkeitsbereich der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung, sondern der Strafrechtlichen Abteilung fallen sollten (etwa BGer, StA, 16.8.2016, 6B_834/2016), leuchtet mit Blick auf das Reglement des BGer nicht ohne Weiteres ein.

⁵⁴ BGE 133 IV 139 E. 4; SCHMID, ZStrR 2006, 175 f.

- Den Widerruf strafprozessualer **Ersatzmassnahmen** unter gleichzeitiger Anordnung der Sicherheitshaft (BGer, I. ÖRA, 12.9.2012, 1B_473/2012, E. 1.1).
- Die Bewilligung oder Nichtbewilligung von strafprozessualen geheimen **Überwachungsmassnahmen** (hier in Form eines rückwirkenden sogenannten Antennensuchlaufs; BGE 137 IV 340 E. 2.1).
- Ein Zwischenentscheid der Genfer Anklagekammer betreffend die Verweigerung der **aufschiebenden Wirkung** für einen Rekurs wurde als strafrechtsbeschwerdefähig anerkannt unter der (vorliegend verneinten) Voraussetzung, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur vorliege (Art. 78 ff., Art. 93 Abs. 1 lit. a; BGE 133 IV 139 E. 4).
- In BGE 137 IV 237 E. 1 war die Abweisung eines Gesuchs um **aufschiebende Wirkung** im kantonalen Beschwerdeverfahren betreffend **Haftentlassung** angefochten, wobei die weiterhin drohende Kollusion als nicht wieder gutzumachender Nachteil der Staatsanwaltschaft akzeptiert wurde.
- Der Zwischenentscheid, mit dem eine **Rechtsverweigerungsbeschwerde** abgewiesen wird, ist ein Entscheid in Strafsachen. Auf das Erfordernis eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 93 Abs. 1 lit. a) wird verzichtet (BGE 138 IV 258 E. 1.1).
- In BGE 134 IV 43 E. 2 ging es um eine **Sistierung** des Verfahrens. Die Beschwerde in Strafsachen wurde mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 93 Abs. 1 lit. a) nicht zugelassen.
- Der Zwischenentscheid, mit dem einer Person die **Privatklägerstellung** in einem Strafverfahren nicht abgesprochen wurde, ist ein Entscheid in Strafsachen, welcher vom Beschuldigten aber mangels nicht wieder gutzumachenden Nachteile nicht angefochten werden kann (BGer, I. ÖRA, 10.3.2008, 1B_59/2008, E. 4; I. ÖRA, 1.4.2015, 1B_380/2014, E. 3.1).
- Der Entscheid der Staatsanwaltschaft über das **Ausstandsgesuch** gegen einen Polizeibeamten ist endgültig und kann unmittelbar mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden (BGE 138 IV 222 E. 1).
- Gegen einen Zwischenentscheid über die (internationale) **Zuständigkeit** in Strafsachen ist eine Beschwerde in Strafsachen zu erheben. Weil die Zuständigkeit vorliegend nicht endgültig geregelt wurde, fiel der Entscheid nicht unter Art. 92 (BGE 133 IV 288 E. 2).
- Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hatte die **Beschlagnahme** eines Spielautomaten geschützt. Hierbei handelt es sich um einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid über eine Zwangsmassnahme, gegen den die Beschwerde in Strafsachen ergriffen werden kann (BGer, I. ÖRA, 1.9.2009, 1B_63/2009, E. 1.1). Gleiches gilt für die

Marc Thommen / Roberto Faga

- von einer kantonalen Rechtsmittelinstanz bestätigte Beschlagnahmeverfügung (BGer, I. ÖRA, 16.5.2017, 1B_133/2017, E. 1).
- Die Anordnung respektive Aufrechterhaltung einer **Kontensperre** (Beschlagnahme) in einem laufenden Strafverfahren stellt einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid über eine Zwangsmassnahme, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirken kann, dar (BGer, I. ÖRA, 2.3.2010, 1B_359/2009, E. 1.1; I. ÖRA, 14.10.2016, 1B_181/2016, E. 1).
 - In BGE 133 IV 335 E. 2 wurde der geschädigten Ehefrau in einem Strafverfahren wegen Gewalt in der Ehe zunächst ein «**amtlicher Verteidiger**» nach Art. 40 StPO/FR (entspricht heute dem «unentgeltlichen Rechtsbeistand» nach Art. 136 Abs. 2 lit. c StPO) beigeordnet, dieser dann aber wegen «offensichtlichen Interessenkonflikten» wieder aus dem Mandat entlassen. Gegen diese Entlassung erhoben sowohl die geschädigte Ehefrau als auch ihr «amtlicher Verteidiger» Verfassungsbeschwerde. Diese wurde vom Bundesgericht als Beschwerde in Strafsachen entgegen genommen, da es sich um eine Entscheidung handle, welche sich auf kantonales Strafprozessrecht stütze. Für die geschädigte Partei sei das Vorliegen einer Strafsache offenkundig. Dies gelte aber auch für den «Verteidiger». Zwar stehe er als «amtlicher Verteidiger» in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Staat, doch stütze sich diese Ernennung auf kantonales *Straf*prozessrecht und hänge insoweit eng mit der Strafuntersuchung zusammen.⁵⁵
 - Eine vom Obergericht des Kantons Solothurn angeordnete **Wiederaufnahme** des Verfahrens wurde als Zwischenentscheid eingestuft, gegen den die Staatsanwaltschaft jedoch mangels nicht wieder gutzumachender Nachteile nicht zur Beschwerde zugelassen wurde.⁵⁶
 - Aus demselben Grund wurde die Rückweisung zur **Ergänzung der Anklage** und der Untersuchung als nicht anfechtbarer Zwischenentscheid eingestuft.⁵⁷

4. Vorsorgliche Massnahmen [header=skip](#)

8

⁵⁵ Zum drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil (Art. 93 Abs. 1 lit. a) für die geschädigte Ehefrau vgl. BGE 133 IV 335 E. 4, für die «amtliche Verteidigerin» vgl. E. 5 a.a.O. Zum rechtlich geschützten Interesse der Verteidigerin vgl. Art. 81 N 75.

⁵⁶ BGer, StA, 23.7.2015, 6B_544/2015.

⁵⁷ BGer, StA, 7.7.2014, 6B_343/2014.

[header2="8 – 9a"](#)Wie bereits erwähnt gelten Haftrichterentscheide als Vor- oder Zwischenentscheide i.S.v. Art. 93 (N 7). Der Bundesrat geht davon aus, dass strafprozessuale Zwangsmassnahmen wie die Haft zudem vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 98 darstellen. Mit der Konsequenz, dass *«vorsorgliche Massnahmen nur wegen Verletzung des Willkürverbots oder eines anderen durch die Verfassung oder einen Staatsvertrag garantierten Grundrechts angefochten werden [können]. So könnte also die Anordnung der Untersuchungshaft in einem Strafverfahren auf ihre Vereinbarkeit mit den Garantien bei Freiheitsentzug überprüft werden (Art. 31 BV und 5 EMRK)»*.⁵⁸

Die Qualifikation strafprozessualer Zwangsmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen hat 9 Folgen, die vom Gesetzgeber wohl übersehen wurden. In seiner früherer Rechtsprechung prüfte das Bundesgericht bei Haftbeschwerden die Auslegung und Anwendung des kantonalen Prozessrechtes des schweren Eingriffs in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2, Art. 31 BV) wegen frei.⁵⁹ Diese freie Überprüfung bereitete insofern keine Probleme, als die Haft bisher kantonal geregelt war. Das kantonale Strafprozessgesetz konnte *abstrakt* auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden. Die *konkrete* Haftanordnung konnte frei auf Verfassungsverletzungen geprüft werden. Weniger klar war die Situation bei Zwangsmassnahmen, die sich bereits nach altem Recht auf Bundesrecht stützten, wie etwa Telefonüberwachungen und verdeckte Ermittlungen.⁶⁰ In einem Fall betreffend die Sperrung von Aktiendepots hielt das Bundesgericht fest: *«Nach Art. 98 BGG kann gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Zulässig sind demnach die im vorliegenden Verfahren vorgebrachten Rügen der Willkür (Art. 9 BV), der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und der Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV). Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 59 aStGB geltend machen, kann dessen Anwendung nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür geprüft werden.»*⁶¹ Seit Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung stützen sich auch die Untersuchungshaft

⁵⁸ Botschaft 2001 4337.

⁵⁹ BGE 135 I 71 E. 2.5.

⁶⁰ Telefonüberwachungen waren früher geregelt im BG vom 6.10.2000 betr. die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1), heute in Art. 269 ff. StPO; die verdeckte Ermittlung war im BG vom 20.6.2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8) geregelt, heute in Art. 286 ff. StPO.

⁶¹ BGer, I. ÖRA, 17.7.2007, 1B_54/2007, E. 1.

oder Beschlagnahmen auf Bundesrecht.⁶² Aus der – vom Bundesrat vorgeschlagenen – Einstufung dieser Zwangsmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen würde folgen, dass gegen deren Anordnung nur die «Verletzung **verfassungsmässiger Rechte**» (Art. 98) geltend gemacht werden kann.⁶³

- 9a [header2="8&thinsp:–&thinsp:9a"](#)Diese im Ergebnis stossende Schlussfolgerung wurde in der Lehre verschiedentlich kritisiert.⁶⁴ Das Bundesgericht folgt in der Zwischenzeit, nachdem es zuerst die Frage offen liess,⁶⁵ der hier bereits in der Voraufgabe skizzierten Lösung, wonach Art. 98 bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen *keine Anwendung* findet. Es hält fest, dass Beschlagnahmen und andere Zwangsmassnahmen wie Haftentscheide keine vorsorglichen Massnahmen darstellen respektive es Auslegung und Anwendung der Strafprozessordnung frei prüft und Art. 98 nicht zur Anwendung gelangt.⁶⁶ Auch das über die Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 hinausgehende qualifizierte Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 findet keine Anwendung.⁶⁷
- 9b Die neue Praxis des Bundesgerichts überzeugt, wie unter Beantwortung der folgenden zwei Fragen deutlich wird: 1. Wie ist die Einschränkung der Beschwerdegründe auf verfassungsmässige Rechte in diesem Zusammenhang zu verstehen? 2. Was meint das Bundesgericht, wenn es eine Bundesrechtsverletzung nur «*unter dem Gesichtswinkel der Willkür*» prüfen will?
- 10 Bisher konnten die kantonalen Strafprozessordnungen auf ihre Verfassungs- und EMRK-Konformität überprüft und nötigenfalls aufgehoben werden. Einer abstrakten Überprüfung von Bundesgesetzen (z.B. StPO; JStPO; BÜPF etc.) auf ihre *Verfassungsmässigkeit* steht aber Art. 190 BV entgegen. Sie könnten allenfalls auf ihre EMRK-Konformität überprüft werden.⁶⁸ Folgte man dem Bundesrat, so bliebe eine konkrete Überprüfung der *Bundesrechtskonformität* der Haft-

⁶² Vgl. Art. 220 ff. und Art. 263 ff. StPO.

⁶³ RUCKSTUHL, plädoyer 2007, 32 f.

⁶⁴ Vgl. N ■ und bereits die Voraufgabe, N ■.

⁶⁵ BGE 133 I 270 E. 1.2.1; vgl. immerhin BGer, I. ÖRA, 15.2.2007, 1B_4/2007, E. 1, wonach ein Beschwerdeführer gegen einen Haftverlängerungsentscheid «*nach Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen kann*».

⁶⁶ BGE 140 IV 57 E. 2.2; 138 IV 186 E. 1.2; 137 IV 122 E. 2; 137 IV 340 E. 2.4; BGer, I. ÖRA, 24.5.2017, 1B_29/2017, E. 4.10, nicht publ. in BGE 143 IV 270.

⁶⁷ BGer, I. ÖRA, 28.06.2011, 1B_277/2011, E. 1.2.

⁶⁸ BGE 128 IV 201 E. 1.2 ff.; 126 I 1 E. 2 f.

oder Überwachungsanordnung wegen der beschränkten Beschwerdegründe in Art. 98 ausgeschlossen.⁶⁹ Dies würde bedeuten, dass gegen eine Haftanordnung zwar vorgebracht werden könnte, sie verletze das verfassungsmässige Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 BV, nicht aber das Fehlen einer ernsthaften Kollisionsgefahr. Mit der letztgenannten Rüge wird eine Verletzung von Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO und damit eine einfache **Bundesrechtsverletzung** geltend gemacht, die ausserhalb der Rügegründe von Art. 98 steht. Diese Konsequenz ist mit der Kernaufgabe des Bundesgerichts, für die einheitliche Anwendung des Bundesrechts zu sorgen, nur schwer vereinbar (Art. 1 Abs. 1).⁷⁰ Fest steht, dass man mit der neuen Strafprozessordnung nicht hinter den bisherigen Schutzstandard zurückfallen wollte.⁷¹ Die Haftanordnung muss nach wie vor frei überprüft werden können. Die Überprüfung von Haftbestimmungen kann nicht deshalb eingeschränkt sein, weil sie neu nicht mehr in einem kantonalen sondern in einem schweizerischen Prozessgesetz niedergelegt sind. Für die Haft besteht die Lösung somit darin, dass man sie entgegen der Botschaft nicht als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 98 taxiert. Damit könnten in einer Haftbeschwerde sämtliche Beschwerdegründe nach Art. 95 vorgebracht und überprüft werden, insbesondere auch die Verletzung (einfachen) Bundesrechts (lit. a). Aber auch die Anfechtbarkeit der übrigen Zwangsmassnahmen kann nicht auf Verfassungsrügen i.S.v. Art. 98 beschränkt bleiben. Bei einer solchen Beschränkung liesse sich die bundesweit einheitliche Anwendung des Zwangsmassnahmenrechts (Art. 196 ff. StPO) nicht sicherstellen. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre im erwähnten Entscheid zur Sperre des Aktiendepots⁷² deshalb nicht nur die Verletzung der Eigentumsgarantie, des Willkürverbots und des rechtlichen Gehörs, sondern neu auch eine Verletzung der bundesrechtlichen Bestimmungen zur Beschlagnahme (Art. 263 ff. StPO) zu prüfen gewesen. Für diese Lösung, Art. 98 nicht auf die Zwangsmassnahmen anzuwenden, spricht auch, dass die vom Bundesrat angeführten Gründe für die Beschränkung

⁶⁹ Diesen Hinweis verdanke ich Prof. F. BOMMER, Luzern und Prof. N. RUCKSTUHL, Basel, s.a. RUCKSTUHL, plädoyer 2007, 32f.

⁷⁰ BSK BGG²-SCHOTT, Art. 98 N 24, weist zu Recht auf die notwendige Gewährleistung einheitlicher Bundesrechtsanwendung (hier insb. auf die Strafprozessordnung) hin.

⁷¹ Botschaft-StPO BBl 2006 1086f.

⁷² BGer, I. ÖRA, 17.7.2007, 1B_54/2007, E. 1.

der Rügegründe auf die strafprozessualen Zwangsmassnahmen nicht zutreffen.⁷³ Es besteht keine Gefahr, dass sich das Bundesgericht bei einer späteren Beschwerde gegen den Sachentscheid ein zweites Mal mit der «identischen Frage» beschäftigen muss. Zwangsmassnahmen dienen nicht einer Vorwegnahme, sondern der Absicherung des Sachentscheids. Nur dort, wo später eine volle Überprüfung stattfindet, rechtfertigt sich eine Rügeeinschränkung.⁷⁴ Auch der zweite Grund, dass die kantonale Vorinstanz beim Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ihrerseits mit eingeschränkter Kognition entscheidet und das Bundesgericht bei voller Prüfung eine weitere Kognition als die Vorinstanz hätte, trifft bei Zwangsmassnahmen nicht zu. Die Anordnung strafprozessualer Zwangsmassnahmen erfolgt nicht aufgrund summarischer, sondern freier Prüfung.

11 Damit bleibt noch die zweite Frage, welchen Umfang diese Prüfung hat respektive worum es bei der Prüfung unter dem «Gesichtswinkel der Willkür» geht. Zuweilen ist auch die Rede von **Willkürkognition**.⁷⁵ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung versteht darunter eine Form der Beschwerdeüberprüfung. Neben der normalen, freien Überprüfung prüfte das Bundesgericht insbesondere unter dem Regime der staatsrechtlichen Beschwerde gewisse Vorbringen nur eingeschränkt, unter dem «Gesichtswinkel der Willkür» eben.⁷⁶ Für eine – neben der freien – separate Überprüfungsbefugnis unter dem «Gesichtswinkel der Willkür» besteht nach richtiger Ansicht im neuen Verfahrensrecht dort kein Raum mehr, wo es um die Überprüfung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a) geht.⁷⁷

12 *entfällt*

5. Keine Strafsache gemäss bundesgerichtlicher Entscheidung

13 **Nicht** als Strafsachen i.S.v. Art. 78 Abs. 1 gelten gemäss der Rechtsprechung:

- **Disziplinarrechtliche Massnahmen:** Nach der Rechtsprechung sei eine reine Disziplinarbusse in der Höhe von CHF 5000.– weder eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) noch eine Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK (Keine Strafe

⁷³ Botschaft 20014336 f.; kritisch auch RUCKSTUHL, plädoyer 2007, 32 f.

⁷⁴ BSK BGG²-SCHOTT, Art. 98 N 10.

⁷⁵ Z.B. BGE 129 I 110 E. 1.3; 132 I 201 E. 8.7.

⁷⁶ Eingehend F. UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005, 306 ff., 407 ff.

⁷⁷ BSK BGG²-SCHOTT, Art. 95 N 3 m.Hinw.; zu den verbleibenden Anwendungsgebieten der Prüfung unter dem Gesichtswinkel der Willkür, vgl. BGE 136 I 241 E. 2.4 und 2.5.

- ohne Gesetz).⁷⁸ Unabhängig von einer allfälligen Qualifikation als «strafrechtliche Anklagen» werden disziplinarrechtliche Angelegenheiten seit Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes als Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten entgegen genommen (Art. 82 lit. a).⁷⁹ Weil und soweit in Disziplinarangelegenheiten, die möglicherweise unter den konventionsrechtlichen Begriff der strafrechtlichen Anklage fallen, eine ordentliche Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht gegeben ist, fällt der Ausschluss der Beschwerde in *Strafsachen* im Ergebnis nicht ins Gewicht.⁸⁰
- Das Bundesgericht stufte eine disziplinarische Busse im Rahmen des *Strafvollzugs* als «Endentscheid über den Vollzug von Strafen und Massnahmen» nach Art. 78 Abs. 2 lit. b ein.⁸¹
 - Die gestützt auf ein kantonales Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge getroffenen Sanktionen (Ausschluss von der Teilnahme an allen erfolgenden Ausschreibungen für die Dauer von fünf Monaten und Verurteilung zu einer Geldbusse) sollen **Administrativcharakter** haben. Die Beschwerde in Strafsachen kann nicht ergriffen werden. In casu wurde der Beschwerdeführer mangels Substantiierung der Eintretensvoraussetzungen (Art. 83 lit. f.) auch nicht zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zugelassen.⁸²
 - Entscheide in Anwendung des Bundesgesetzes vom 19.3.2004 über die **Teilung eingezogener Vermögenswerte** (TEVG). Hier ist eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben (BGE 135 IV 162 E. 1).
 - Entscheide über Massnahmen gegen häusliche Gewalt nach kantonalem **Gewaltschutzgesetz** gelten als öffentlich-rechtliche Angelegenheiten (BGE 134 I 140 E. 2).
 - **Begnadigungsentscheide** unterliegen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.⁸³

⁷⁸ BGE 128 I 346; BGer, II. ÖRA, 2.4.2008, 2C_5/2008, E. 5, nicht publ. in BGE 134 II 235; bereits BGE 97 I 831 E. 1; vgl. auch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2450; Art. 78 N 21.

⁷⁹ Vgl. BGer, II. ÖRA, 7.3.2017, 2C_980/2016, E. 1; I. ÖRA, 22.5.2008, 2C_344/2007, E. 1.

⁸⁰ Anders im öffentlichen Beschaffungsrecht, wo auch die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aufgrund von Art. 83 lit. f. ausgeschlossen sein kann.

⁸¹ BGer, StA, 28.9.2010, 6B_589/2010, E. 1.

⁸² BGE 140 I 252 E. 1; vgl. auch BGE 138 I 367 E. 1.2.

⁸³ BGer, I. ÖRA, 11.7.2014, 1C_341/2014, E. 2.

- Bei Entscheiden betreffend **Akteneinsicht** in ein abgeschlossenes Strafverfahren handelt es sich um einen Justizverwaltungsakt, der mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anzufechten ist.⁸⁴ Ebenso ist der Streit um die **Gebühr** für die Einsichtnahme in die Strafakten durch eine ausserhalb des Strafverfahrens stehende Versicherung öffentlich-rechtlicher Natur.⁸⁵
- Die **Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen** wegen zu Unrecht erlittener Haft unterlagen vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff.⁸⁶ Immerhin sprach das Bundesgericht in einem strafrechtlichen Beschwerdeverfahren zu unrechtmässiger Haft selbst eine hinreichende Wiedergutmachung (*satisfaction équitable*) nach Art. 41 EMRK in Form einer vorteilhaften Kostenregelung aus.⁸⁷ Mit der Strafprozessordnung sind diese Entschädigungsansprüche nunmehr untrennbar mit dem Strafverfahren verbunden (Art. 429 StPO) und deshalb mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar.⁸⁸

6. Keine Strafsache gemäss gesetzgeberischer Entscheidung

14 Keine Strafsachen sind überdies Entscheide auf Gebieten, in denen der **Gesetzgeber** den strafrechtlichen Beschwerdeweg **explizit** ausgeschlossen hat. Dies gilt etwa für das Militärstrafrecht (N ■■■), die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (N ■■■), Führerausweisentzüge zu Warnzwecken (N ■■■), die Steuerhinterziehung (N ■■■), Verwaltungssanktionen nach dem Kartellgesetz (N ■■■) sowie Ermächtigungsdelikte (N ■■■). Infolge der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung verbleibt in diesen Fällen kein Interpretationsspielraum über die Rechtsnatur des angefochtenen Entscheides. Dass die erwähnten Rechtsgebiete einen engen materiellen Zusammenhang zum Strafrecht aufweisen und dass sie nach der Strassburger Rechtsprechung grösstenteils unter den konventionsrechtlichen Begriff der «strafrechtlichen Anklage» fallen, bleibt unberücksichtigt.

⁸⁴ BGer, I. ÖRA, 15.6.2011, 1B_44/2011, E. 1.1.

⁸⁵ BGer, II. ÖRA, 31.5.2012, 2C_437/2012, E. 2.2.

⁸⁶ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_300/2007, E. 1.2, bestätigt in: BGE 135 IV 43 E. 1.1.2.

⁸⁷ BGE 136 I 274; dazu Art. 81 N 3. Zur Vermeidung einer Verengung des Rechtsschutzes vor BGer im Verhältnis zu den Rügemöglichkeiten vor dem EGMR, vgl. AEMISEGGER, Jusletter 2009, Ziff. 2.3.4 und 5.

⁸⁸ Vgl. N ■■■.

a) Militärstrafrecht

Die Militärjustiz ist unabhängig (Art. 1 MStP), nicht nur gegenüber militärischen 15
Führungsorganen, sondern auch von der zivilen Gerichtsbarkeit. Entscheide in
Militärstrafsachen sind letztinstanzlich beim Militärkassationsgericht anfechtbar (Art. 13 und
184 MStP). Eine Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht ist deshalb nicht vorgesehen.⁸⁹

b) Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sind mit Beschwerde 16
in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anzufechten (Art. 84).⁹⁰ Diese Rechtshilfverfahren
gelten als verwaltungsrechtlich, weil sie die administrative Unterstützung ausländischer
Strafverfahren bezwecken. Die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK finden deshalb keine
Anwendung.⁹¹ Insofern ist es auch wenig konsequent, dass die Beschwerden in internationalen
Rechtshilfeangelegenheiten erstinstanzlich dem Bundesstrafgericht in Bellinzona zugewiesen
sind.⁹² Ursprünglich sollten diese Beschwerden erst- und letztinstanzlich vom
Bundesverwaltungsgericht entschieden werden.⁹³

c) Führerausweisentzug zu Warnzwecken

Warnungsentzüge von Führerausweisen nach Art. 16 ff. SVG fallen unter den 17
konventionsrechtlichen Begriff der «strafrechtlichen Anklage». Die Verfahrensgarantien von
Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind deshalb in jeden Fall einzuhalten.⁹⁴ Unter dieser Prämisse ist es dem
nationalen Gesetzgeber jedoch unbenommen, den entsprechenden Entscheid einer
Verwaltungsbehörde zu übertragen und vom Anwendungsbereich der Strafsachen
auszuschliessen. Davon hat der Gesetzgeber mit expliziter Anordnung in Art. 22 Abs. 1 SVG,

⁸⁹ TSCHANNEN-BOMMER, 154 und dortige FN 3; Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 78 N 21.

⁹⁰ BGE 133 IV 125 E. 1; 134 IV 156 E. 1.3.1.

⁹¹ BGE 120 Ib 112 E. 4, bestätigt in BGE 139 II 404 E. 6.

⁹² Art. 37 Abs. 2 lit. a StBOG; ehemals Art. 28 lit. e SGG.

⁹³ Botschaft 20014230 f.; zur Entstehungsgeschichte von Art. 84 im Detail EHRENZELLER/SCHWEIZER-
AEMISEGGER, 179 ff.

⁹⁴ BGE 140 II 334 E. 6; 133 II 331 E. 4.2; 122 II 22 E. 3.

wonach die Ausweise von Verwaltungsbehörden erteilt und entzogen werden, Gebrauch gemacht. Auch der im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ursprünglich diskutierte Vorschlag, Warnungsentzüge in strafrichterliche Kompetenz zu stellen, hat der Gesetzgeber letztlich verworfen und sich für eine verwaltungsrechtliche Zuständigkeit entschieden.⁹⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es wohl weiterhin ausgeschlossen, Führerausweisentzüge der Beschwerde in Strafsachen zu unterstellen.⁹⁶ In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht unter dem Bundesgerichtsgesetz entschieden, dass gegen kantonal letztinstanzliche Entscheide über Führerausweisentzüge die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung steht (Art. 82 lit. a; Art. 24 Abs. 1 SVG).⁹⁷

d) Steuerstrafsachen

18 Im Bereich der Steuerstrafsachen gilt es zwischen Steuervergehen und Steuerhinterziehung zu unterscheiden. **Steuervergehen**, wie zum Beispiel der Steuerbetrug nach Art. 186 BG über die direkte Bundessteuer (DBG) oder nach Art. 59 des Steuerharmonisierungsgesetzes (StHG), gelten als Strafsachen, die letztinstanzlich der strafrechtlichen Beschwerde unterliegen (Art. 188 Abs. 3 DBG; Art. 61 StHG).⁹⁸

Die **Steuerhinterziehung** hingegen gilt als Verwaltungssache. Zwar werden Steuerhinterziehungsbussen nach DBG von der Rechtsprechung als Strafe i.S.v. Art. 6 EMRK eingestuft,⁹⁹ was aber lediglich zur Anwendbarkeit der entsprechenden Verfahrensgarantien führt. Die Steuerhinterziehung nach Art. 175 ff. DBG wurde vom Gesetzgeber explizit der

⁹⁵ Botschaft StGB AT BBI 1999 2058 ff.

⁹⁶ Vgl. SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 78 N 24 FN 32, wonach wichtige Gründe gegeben seien, die Doppelspurigkeit der strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktion aufzugeben. Zur Vereinbarkeit von strassenverkehrsrechtlicher Bestrafung und Warnungsentzügen mit dem Ne-bis-in-idem-Grundsatz, BGE 137 I 363 und EGMR-Urteil i.S. Rivard gg. die Schweiz (App. No. 21563/12) Ziff. 33 f.; dazu eingehend MEIER, Dualismus, 220 ff., die zu Recht darauf hinweist, dass sich „das unter gewissen Voraussetzungen vom Bundesgericht für zulässig befundene Abweichen der Verwaltungsbehörde vom Sachverhalt (...) mit der „ne bis in idem“-Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht vereinbaren“ lasse. Sie fordert deshalb überzeugend eine strikte Bindung der Verwaltungsbehörde an das Straferkenntnis (300). De lege ferenda ist die Trennung aufzugeben.

⁹⁷ BGer, I. ÖRA, 8.4.2016, 1C_656/2015, E. 1.

⁹⁸ Vgl. für eine Übersicht über das Steuerstrafverfahrensrecht BLUMENSTEIN/LOCHER, Steuerrecht⁷, 594.

⁹⁹ BGE 140 I 68 E. 9.2; 119 Ib 311 E. 2e.

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterstellt und entsprechende Entscheide sind vor Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden anzufechten. «Die Strafgerichtsbarkeit ist ausgeschlossen».¹⁰⁰ Das Gleiche gilt für die Steuerhinterziehung nach Art. 56 StHG. Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide kann beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden.¹⁰¹

Die prozessual unterschiedliche Behandlung von Steuerhinterziehungs- und 19 Steuerbetrugstatbeständen ist strafrechtsdogmatisch nicht begründbar. De lege lata ist sie als rein politischer Entscheid des Gesetzgebers, welcher so klarstellt, dass die Schweiz gegenüber der EU keine Rechtshilfe für die Durchsuchung und die Beschlagnahme bei Steuerhinterziehungsdelikten leisten muss, (noch) hinzunehmen.¹⁰²

e) Verwaltungssanktionen nach Kartellgesetz

Trotz ihrer potentiell massiven Höhe wurden die Sanktionen nach Art. 49a KG vom Gesetzgeber 20 bewusst als Verwaltungssache qualifiziert. Gemäss der Botschaft zum revidierten Kartellgesetz dienen die Sanktionen der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten und setzen – im Gegensatz zu Strafsanktionen (vgl. Art. 54f. KG) – kein Verschulden voraus.¹⁰³ Ein nationalrätlicher Minderheitenantrag, der sich explizit gegen die Verschuldensunabhängigkeit der Sanktionen wandte, wurde verworfen.¹⁰⁴ Die Verwaltungssanktionen nach Art. 49a KG, welche unter altem Recht der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterlagen,¹⁰⁵ sind somit letztinstanzlich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anzufechten. Das Bundesgericht unterstreicht, dass sich die Massnahme nach Art. 49a KG durch den ihr zugeschriebenen abschreckenden und vergeltenden Charakter und eine erhebliche

¹⁰⁰ Art. 182 Abs. 2 Satz 2 DBG; vgl. für eine Übersicht über das Steuerstrafverfahrensrecht BLUMENSTEIN/LOCHER, Steuerrecht⁷, 594.

¹⁰¹ Art. 57^{bis} Abs. 2 StHG

¹⁰² BLUMENSTEIN/LOCHER, Steuerrecht⁷, 589; im Bereich der indirekten Steuern (z.B. Mehrwertsteuern) und Zölle wird Rechtshilfe jedoch bereits bei einer Steuerhinterziehung gewährt, vgl. dazu das Faktenblatt des Eidgenössischen Finanzdepartements vom Juli 2017 m.Hinw.

¹⁰³ Botschaft Kartellgesetz BBl 2002 2034.

¹⁰⁴ Vgl. Minderheitenantrag I und dazu Votum von Nationalrat Spuhler in der Sitzung vom 26.9.2002, AB 2002 N 1449f.; vgl. auch die Debatte im Ständerat vom 20.3.2003, AB 2003 S 333 ff.

¹⁰⁵ BGer, I. ÖRA, 19.8.2005, 2A.287/2005, E. 1.

Sanktionsdrohung auszeichnet und sie daher über einen strafrechtlichen bzw. "strafrechtsähnlichen" Charakter verfügt. Die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 und 32 BV sind grundsätzlich anwendbar (BGE 139 I 72 E. 2.2.2; ebenso betreffend Sanktionen nach Art. 51 BG über Glücksspiele und Spielbanken [SBG] BGE 140 II 384 E. 3.2.2).

21 [header2="21, 21a"entfällt](#)

f) Ermächtigungsdelikte

21a [header2="21, 21a"Entscheide über die Verweigerung](#)¹⁰⁶ der Ermächtigung zur Strafverfolgung von Behördenmitgliedern (vgl. Art. 14 VG) oder von Bundespersonal (Art. 15 VG) sind von der Beschwerde in *öffentlich-rechtlichen* Angelegenheiten ausgenommen (Art. 83 lit. e). Der Grund für diese Ausnahme wird im „politischen Charakter“ des Ermächtigungserfordernisses erblickt.¹⁰⁷ Will man diese Ausnahme nicht durch die Hintertüre wieder aushebeln, dürfte wohl auch die Beschwerde in *Strafsachen* ausgeschlossen sein. Dies gilt jedoch nur für den Anwendungsbereich von Art. 83 lit. e. Nach ihrem Wortlaut erstreckt sich diese Bestimmung ausschliesslich auf die *Behörden* des Bundes und der Kantone, also auf kantonale und eidgenössische Magistratspersonen (insb. Regierungs- und Parlamentsmitglieder sowie Richterinnen und Richter),¹⁰⁸ sowie auf *Bundespersonal*, mithin auf Beamte i.S.v. Art. 110 Abs. 3 StGB des Bundes.¹⁰⁹ Nicht erfasst sind somit *kantonale Beamte*: Der Ausschlussgrund nach

¹⁰⁶ Die *Erteilung* der Ermächtigung kann gar nicht angefochten werden, auch nicht vor erstinstanzlichen Bundesgerichten (Art. 15 Abs. 4 VG). Hier muss sich der Betroffene gegen den verurteilenden Endentscheid wehren; dazu BSK BGG²-Häberli, Art. 83 N 141 („*Damit bleibt es unter Geltung des BGG und VGG dabei, dass der Betroffene seine Rechte im Falle einer Erteilung der Ermächtigung im Strafverfahren selber zu wahren hat und den Ermächtigungsentscheid nicht anfechten kann.*“).

¹⁰⁷ BGE 135 I 113 E. 1 („*Da im Ermächtigungsverfahren aus [zureichenden] staatspolitischen Gründen die Ermächtigung zur Einleitung einer nach rein strafrechtlichen Kriterien angebrachten Strafuntersuchung verweigert werden kann, hat der angefochtene Entscheid überwiegend politischen Charakter.*“); so bereits BSK BGG²-Häberli, Art. 83 N 141 („*Mithin stellt Art. 15 Abs. 5 VG eine der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen von der Rechtsweggarantie [Art. 29a BV] dar, was angesichts des überwiegend politischen Charakters des Ermächtigungserfordernisses nicht zu beanstanden ist.*“).

¹⁰⁸ Vgl. BGE 135 I 113 E. 1 von der Strafrechtlichen Abteilung behandelte subsidiäre Verfassungsbeschwerde betreffend die nicht bewilligte Strafuntersuchung gegen einen Zürcher Oberrichter wegen des Vorwurfs der fahrlässigen Tötung eines Taxichauffeurs in Wetzikon.

¹⁰⁹ BSK BGG²-Häberli, Art. 83 N 147 („*Bei den in Art. 83 lit. e erwähnten Behördenmitgliedern handelt es sich nämlich nicht nur um solche des Bundes. Während der französische Gesetzestext insoweit unklar ist – aufgrund*

|

Art. 83 lit. e kommt bei kantonalen und kommunalen Staatsbediensteten, welche nicht Mitglieder der obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden sind, nicht zur Anwendung (BGE 137 IV 269 E. 1.3.2). In casu ging es um die Ermächtigung zur Strafverfolgung von Zürcher Stadtpolizisten, denen vorgeworfen wurde, einen Mann bei einer Verhaftung misshandelt zu haben.

der Formulierung «poursuite pénale de membres d'autorités ou du personnel de la Confédération» könnte es sich sowohl bei den gewöhnlichen Angestellten als auch bei den Behördenmitgliedern ausschliesslich um solche des Bundes handeln– betreffen die italienische und die deutsche Fassung eindeutig neben den Magistraten des Bundes auch solche der Kantone: Der deutsche Text spricht allgemein und ohne Einschränkung von «Behördenmitgliedern», während er beim Personal ausdrücklich und präzise nur jenes des Bundes erwähnt. Im italienischen Text («procedere penalmente contro membri di autorità o contro agenti della Confederazione») zeigt die Wiederholung von «contro», dass sich «della Confederazione» nur auf die Angestellten und nicht auf die Behördenmitglieder bezieht.“).

Marc Thommen / Roberto Faga

II. Entscheide über Zivilansprüche (Art. 78 Abs. 2 lit. a)

22 Wie soeben dargelegt können gewisse Entscheide strafrechtlichen Charakters aufgrund eines expliziten gesetzlichen Ausschlusses nicht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden. Spiegelbildlich dazu hat der Gesetzgeber in zwei Fällen auch nichtstrafrechtliche Entscheide der Beschwerde in Strafsachen unterstellt. Nach Art. 78 Abs. 2 unterliegen die zivilrechtlichen Adhäsionsansprüche sowie Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Beschwerde in Strafsachen (vgl. N ■).

1. Definition

23 Bei den sogenannten **Adhäsionsforderungen** geht es um Entschädigungs- oder Genugtuungsansprüche von Personen, die durch eine strafbare Handlung verletzt oder geschädigt wurden.¹¹⁰ Diese Forderungen richten sich primär gegen den Straftäter und haben somit einen direkten Zusammenhang mit der Strafsache. Die Verfahrenseffizienz sowie vor allem opferschutzrechtliche Überlegungen sprechen dafür, diese Straf- und Zivilsachen gemeinsam zu behandeln. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die mit einer Straftat zusammenhängenden zivilrechtlichen Probleme dem Bundesgericht im Rahmen einer Beschwerde in Strafsachen unterbreitet werden können und wann allenfalls eine Beschwerde in Zivilsachen zu ergreifen ist. Nachfolgend wird zunächst aufgezeigt, wie sich der Gesetzgeber die Behandlung von Adhäsionsansprüchen vorstellte (N ■) und welche Unklarheiten bzw. Probleme damit verbunden sind (N ■). Danach soll ein eigener Lösungsvorschlag unterbreitet werden (N ■). Schliesslich ist noch auf die Vorschläge de lege ferenda einzugehen (N ■).

2. Vorstellungen des Gesetzgebers

24 Nach Art. 78 Abs. 2 lit. a unterliegen der Beschwerde in Strafsachen auch Entscheide über Zivilansprüche. Bemerkenswert ist, dass nicht wie unter altem Verfahrensrecht darauf abgestellt wird, ob die Zivilforderung zusammen mit der Strafsache *«beurteilt worden ist»* (Art. 271 Abs. 1 BStP). Nach der deutschen und französischen Fassung unterliegen Zivilansprüche vielmehr der Strafrechtsbeschwerde, wenn sie zusammen mit der Strafsache *«zu behandeln sind»*

¹¹⁰ Eingehend zur Terminologie GALEAZZI, 8 und zur Zivilklage de lege lata 42 ff.

(«doivent être jugées»). Es soll also nicht auf die tatsächlich erfolgte gemeinsame Beurteilung, sondern auf die Wünschbarkeit oder Angebrachtheit einer adhäsionsweisen Beurteilung abgestellt werden. Dazu ist in der Botschaft¹¹¹ zu lesen, dass unter dem neuen Recht nicht mehr allein das angefochtene Urteil massgeblich sei. Wesentlich sei, ob es sachlich gerechtfertigt ist, dass das Bundesgericht gleichzeitig Zivilansprüche und strafrechtliche Fragen beurteilt, unabhängig davon, ob dies im angefochtenen Entscheid ebenso gehandhabt worden war.

Die bundesrätliche Erläuterung ist nur verständlich, wenn man sich vor Augen hält, dass sie sich gegen eine dort¹¹² zitierte Rechtsprechung (BGE 118 II 420) richtet.¹¹³ In diesem französischsprachigen Entscheid ging es um Genugtuungszahlungen, welche zwei misshandelten Kindern durch ein erstinstanzliches Strafgerichtsurteil zugesprochen wurden. Vor zweiter Instanz waren nur noch diese Zivilforderungen streitig, weshalb das Kantonsgericht als Zivilgericht konstituiert war. Auf die strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht eingetreten, weil das kantonsgerichtliche im Gegensatz zum erstinstanzlichen Urteil die Zivilforderungen nicht gleichzeitig mit der Strafsache behandelte. Dieses strikt am Wortlaut orientierte Abstellen auf die *Gleichzeitigkeit* der Behandlung von Zivil- und Strafansprüchen durch die Vorinstanz war aufgrund des französischen Gesetzestextes («en même temps») vertretbar, erschien dem Bundesrat wohl aber unter Gesichtspunkten der Opferhilfe nicht opportun. Nach seiner Vorstellung sollen derartige Spezialfälle neu der Beschwerde in Strafsachen unterliegen. Für eine solche Interpretation spricht in casu, dass die fraglichen Zivilforderungen letztlich auf ein erstinstanzliches Straferkenntnis zurückgingen und somit Bestandteil einer Strafsache waren. Dagegen spricht, dass das Kantonsgericht in jenem Fall als «Cour civile» tagte und es nur noch um die Zivilforderungen ging.

Entgegen dem bundesrätlichen Anliegen hat das Bundesgericht die alte Rechtsprechung unter 25 neuem Recht fortgesetzt und entschieden, dass die Beschwerde in Zivilsachen gegeben ist, wenn vor letzter kantonaler Instanz nur noch Zivilforderungen umstritten sind (BGE 133 III 701 E. 2).

3. Kritik

Mit der Formulierung von Art. 78 Abs. 2 lit. a, wonach der Beschwerde in Strafsachen auch 26 Entscheide unterliegen über «Zivilansprüche, wenn diese zusammen mit der Strafsache zu

¹¹¹ Botschaft 20014313.

¹¹² Botschaft a.a.O.

¹¹³ Kritisch SUTTER, AJP 2007, 215.

behandeln sind», wollte der Bundesrat somit eine ganz speziell gelagerte Konstellation regeln. Damit ist er wie soeben dargelegt nicht durchgedrungen. Für alle übrigen Fälle adhäsionsweiser Behandlung von Zivilansprüchen haben der Wortlaut von Art. 78 Abs. 2 und die Erläuterungen dazu in der Botschaft zu einiger Verwirrung Anlass gegeben.¹¹⁴ Nachfolgend werden Problempunkte der gesetzgeberischen Vorlage aufgezeigt. Erstens stellen sich Kompetenzprobleme (N ■), zweitens Fragen im Zusammenhang mit der (fehlenden) Streitwertbegrenzung (N ■) und schliesslich praktische Verfahrensfragen (N ■).

a) Fehlende Entscheidkompetenz

27 In der Botschaft wird anhand des erwähnten Beispielfalls (BGE 118 II 420) vom Bundesgericht gefordert, Zivilansprüche künftig, wann immer dies sachlich gerechtfertigt sei, zu entscheiden. So unbehelflich der in Botschaft gewählte Beispielfall im Gesamtzusammenhang auch sein mag, so unmissverständlich ist die bundesrätliche Forderung an die Strafrichter, Zivilansprüche nach Möglichkeit im Strafurteil mit zu behandeln. Allerdings kann das Bundesgericht nicht primärer Adressat dieser Forderung sein. Zu weit geht die Botschaft deshalb mit dem Anspruch, das Bundesgericht solle Zivilansprüche selbst dann beurteilen, wenn die Vorinstanz dies nicht gemacht hat.¹¹⁵ Als oberste Recht sprechende Behörde (Art. 1 Abs. 1) obliegt dem Bundesgericht die «revisio in iure». Für die zur Entscheidung von Zivilansprüchen notwendige Instruktion fehlt ihm deshalb nicht nur die Kapazität, sondern auch die Kompetenz. Hat die Vorinstanz Zivilansprüche zu Unrecht nicht behandelt, so hat das Bundesgericht nicht an deren Stelle zu entscheiden, sondern den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und zur adhäsionsweisen Beurteilung der Ansprüche zurückzuweisen.¹¹⁶

b) Fehlende Streitwertbegrenzung

28

¹¹⁴ EHRENZELLER/SCHWEIZER-BÄNZIGER, 83 f.; TSCHANNEN-BOMMER, 156 ff.; SCHMID, ZStrR 2006, 165; SCHUBARTH, ZStR 2002, 69 ff.; THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 653.

¹¹⁵ Botschaft 20014313.

¹¹⁶ Dazu hinten N ■.

Unter altem Recht war die alleinige Anfechtung von Zivilansprüchen nur zulässig bei Erreichen der damaligen Streitwertgrenze von CHF 8000.–.¹¹⁷ Trotz Hinweisen in der Literatur¹¹⁸ fehlt im geltenden Recht eine Streitwertbegrenzung bei den Adhäsionsansprüchen. Ob diese Änderung bewusst erfolgte oder das Problem bei der Diskussion um die nicht damit zu verwechselnden und schliesslich fallengelassenen «**strafrechtlichen Streitwertgrenzen**»¹¹⁹ schlicht unterging, ist nicht mehr rekonstruierbar.¹²⁰ Jedenfalls steht fest, dass die Streitwertgrenzen, welche nach Art. 74 für die Beschwerde in Zivilsachen bestehen (i.d.R. **CHF 30 000.–**), für die in einer Beschwerde in Strafsachen angefochtenen Adhäsionsansprüche (derzeit¹²¹) nicht gelten. Dies wirft eine Reihe von Fragen auf. Sollte – wie dies die Botschaft vorsieht¹²² – die Beschwerde in Strafsachen bei alleiniger Anfechtung der Zivilansprüche nicht gegeben sein, dann wären die Betroffenen auf die streitwertbegrenzte Beschwerde in Zivilsachen beschränkt.¹²³ Die Streitwertbegrenzung könnten sie dadurch umgehen, dass sie den Strafpunkt pro forma mitanfechten, weil dann nicht länger «*allein der Entscheid über die Zivilansprüche angefochten ist*».¹²⁴ Darin läge jedoch möglicherweise eine – wenn auch schwer nachweisbare – zweckwidrige und somit rechtsmissbräuchliche Verwendung eines Rechtsinstituts.¹²⁵ Ganz

¹¹⁷ Art. 271 Abs. 2 BStP, Art. 46 OG; Ausnahme: Art. 277^{quater} Abs. 2 BStP; BGE 127 IV 203 E. 8b; im Detail KOLLY, *pourvoi en nullité*, 66 f.

¹¹⁸ SCHUBARTH, ZStrR 2002, 70.

¹¹⁹ Nach Art. 74 E-BGG (BBI 2001 4480 ff.) sollte die Beschwerde u.a. unzulässig sein bei Verurteilungen unter 30 Tagessätzen Geldstrafe, unter 120 Stunden gemeinnütziger Arbeit sowie unter CHF 500.– Busse für eine natürliche Person (s.a. Botschaft 20014314 f.). Von diesen strafrechtlichen Zugangsbeschränkungen wurde auf Vorschlag der Arbeitsgruppe «Bundesgerichtsgesetz» abgesehen (vgl. Bericht Arbeitsgruppe, 3; publ. www.bj.admin.ch); vgl. EHRENZELLER/SCHWEIZER-BÄNZIGER, 87; vgl. nunmehr aber den erneuten Vorstoss in Art. 79 Abs. 1 lit. a VE 2015, wonach die Beschwerde in Strafsachen unzulässig sein soll bei „*Verurteilung wegen einer Übertretung, wenn eine Busse von höchstens 5000 Franken ausgesprochen wurde und mit der Beschwerde nicht eine höhere Strafe angestrebt wird.*“

¹²⁰ Für strafrechtliche Streitwertgrenzen DONZALLAZ, *Commentaire*, Art. 78 N 2453, 2526.

¹²¹ Vgl. aber Art. 79a VE 2015, wonach für Beschwerden, die sich ausschliesslich gegen den Entscheid über Zivilansprüche richten, künftig die Streitwertgrenzen nach Art. 74 gelten sollen.

¹²² Botschaft 20014313.

¹²³ Hinweise bei SCHUBARTH, ZStrR 2002, 70 f.; SCHMID, ZStrR 2006, 165 f.

¹²⁴ Botschaft 20014313.

¹²⁵ Zu diesem sog. Institutsmissbrauch vgl. BSK StPO²-THOMMEN, Art. 3 N 69.

unabhängig vom Risiko, dass eine Pro-forma-Mitanfechtung des Strafpunkts als Rechtsmissbrauch eingestuft werden könnte, ist sie für die Beschwerdeführenden schon alleine wegen der erheblichen Kostenrisiken¹²⁶ keine valable Option.

c) Praktische Verfahrensprobleme

29 Nimmt man den Gesetzestext und die Botschaft beim Wort, so ergeben sich zumindest für den deutschen und französischen Gesetzeswortlaut weitere Schwierigkeiten verfahrensrechtlicher Natur. Nach Art. 78 Abs. 2 unterliegen Zivilansprüche der Beschwerde in Strafsachen, *«wenn sie zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind»* (*«sont également sujettes au recours en matière pénale: les décisions sur les prétensions civiles qui doivent être jugées en même temps que la cause pénale»*). Problematisch daran ist, dass die Zulässigkeit der Beschwerde gegen Zivilansprüche von einem künftigen Ereignis abhängig gemacht wird, der Frage nämlich, ob das höchste Gericht den Strafpunkt und den Zivilpunkt zusammen resp. gleichzeitig (en même temps) behandeln wird.¹²⁷ Mit anderen Worten hat der Gesetzgeber zur Eintretensvoraussetzung gemacht, was eigentlich Gegenstand des Urteils in der Sache ist: Die (opferhilferechtliche) Frage, ob die gemeinsame Behandlung von Zivil- und Strafpunkt angebracht ist. Weil der Beschwerdeführer die gemeinsame Behandlung aber nicht vorhersehen kann, müsste er zur Überprüfung der Adhäsionsansprüche sorgfältigerweise eine nicht streitwertbegrenzte Beschwerde in Strafsachen und parallel dazu eine Beschwerde in Zivilsachen erheben respektive stets die Eintretensvoraussetzungen beider Beschwerden nachweisen. Diese Lösung ist unsinnig.

4. Lösungsvorschlag

30 Die geschilderten Probleme rufen nach einer praktikablen Lösung. Eine solche liefert der italienische Gesetzestext: *«Al ricorso in materia penale soggiacciono anche le pretese civili trattate unitamente alla causa penale»*. Nach dieser Fassung gilt als Eintretensvoraussetzung wie unter altem Verfahrensrecht,¹²⁸ dass der Zivilanspruch letztinstanzlich zusammen mit der Strafsache beurteilt wurde oder eine gemeinsame Beurteilung hätte erfolgen sollen.¹²⁹ Der

¹²⁶ THOMMEN, *forumpenale* 2009, 53 ff.

¹²⁷ TSCHANNEN-BOMMER, 159; RUCKSTUHL, *plädoyer* 2007, 28.

¹²⁸ Vgl. Art. 271 aBStP.

¹²⁹ DONZALLAZ, *Commentaire*, Art. 78 N 2475.

Lösungsvorschlag geht somit dahin, den **italienischen Gesetzestext** für **massgeblich** zu erklären. Es wird einzig darauf abgestellt, was die Vorinstanz mit den Zivilforderungen gemacht hat und nicht darauf, was das Bundesgericht machen sollte. Was die fehlende Streitwertbegrenzung der Adhäsionsansprüche angeht, so wird man diese Privilegierung gegenüber der Beschwerde in Zivilsachen de lege lata in Kauf nehmen müssen.¹³⁰

Das **Bundesgericht** hat sich diesem Lösungsvorschlag in seinem ersten Leitsatz zu Adhäsionsforderungen angeschlossen: *«Entsprechend dem italienischen Gesetzestext ist für die Zulässigkeit der Beschwerde in Strafsachen massgebend, dass die letzte kantonale Instanz über den Straf- und den Zivilpunkt befunden hat oder dies hätte tun müssen. Ist dagegen im Strafverfahren vor der oberen kantonalen Instanz nur noch der Zivilpunkt streitig, so ist nicht die Beschwerde in Strafsachen, sondern die Beschwerde in Zivilsachen gegeben. Denn die Rechtsuchenden müssen wissen, welches Rechtsmittel sie ergreifen können.»*¹³¹

Damit ergeben sich folgende möglichen Konstellationen bei der Anfechtung von Entscheidungen über Zivilansprüche:

a) Zivilansprüche vorinstanzlich zusammen mit der Strafsache behandelt

Wurde der Zivilanspruch gemeinsam mit der Strafsache behandelt, ist die Beschwerde in Strafsachen in jedem Fall gegeben.¹³² Und zwar entgegen der Botschaft¹³³ selbst dann, wenn auch vor Bundesgericht nur noch die Zivilforderungen bestritten werden.¹³⁴ Dies ergibt sich, wie gezeigt wurde, aus dem italienischen Gesetzestext, wonach alleine die Behandlung der Adhäsionsansprüche im vorinstanzlichen Urteil massgeblich ist (*«trattate unitamente alla causa penale»*). Streitwertgrenzen gelten in diesem Fall keine. Mit dieser Lösung kann verhindert werden, dass der Strafanspruch mitangefochten werden muss, nur um sich die Beschwerde in Strafsachen offen zu halten.

¹³⁰ S.a. DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2487; vgl. aber Art. 79a VE 2015, wonach für Beschwerden, die sich ausschliesslich gegen den Entscheid über Zivilansprüche richten, künftig die Streitwertgrenzen nach Art. 74 gelten sollen.

¹³¹ BGE 133 III 701 E. 2, bestätigt etwa in BGer, I. ZA, 30.08.2016, 4A_179/2016, E. 2.1, nicht publ. in BGE 142 III 653; differenzierend Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 78 N 27 ff.

¹³² BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1.

¹³³ Botschaft 20014313.

¹³⁴ BGer, StA, 2.2.2012, 6B_368/2011, E. 1.1, nicht publ. in BGE 138 III 157.

b) Zivilansprüche vorinstanzlich auf den Zivilweg verwiesen

32 Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche, die vom kantonalen Gericht auf den **Zivilweg verwiesen** und von einem Zivilgericht entschieden wurden, können nicht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden.¹³⁵ Selbstverständlich kann in diesen Fällen die Verweisung auf den Zivilweg selbst zum Gegenstand der Beschwerde in Strafsachen gemacht werden, indem etwa eine Verletzung von Art. 126 Abs. 1 StPO (ehemals Art. 38 Abs. 1 OHG) gerügt wird.¹³⁶ Nach dieser Bestimmung sind Zivilansprüche des Opfers nach Möglichkeit zusammen mit der Strafsache zu entscheiden.¹³⁷ Nach neuem Recht stellt die Verweisung auf den Zivilweg das Opfer ganz allgemein schlechter, weil ihm so auf Bundesebene nur noch die streitwertbegrenzte Beschwerde in Zivilsachen oder allenfalls eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde bleibt. Besonders eindeutig wird diese Schlechterstellung, wenn man sich vor Augen führt, dass gerade Genugtuungszahlungen nur selten CHF 30 000.– übersteigen.

c) Entscheid über Zivilansprüche vorinstanzlich aufgeschoben

33 Nach Art. 126 Abs. 4 StPO (ehemals Art. 38 Abs. 2 OHG) kann das Gericht **vorerst über den «Schuld- und Strafpunkt»** und erst **später** über den **Zivilpunkt** urteilen. Da das Bundesgericht darauf abstellt, was vor der letzten kantonalen Instanz noch streitig ist,¹³⁸ ergeben sich zwei mögliche Konstellationen: Den Entscheid, zunächst nur über den Strafpunkt zu befinden und den Zivilentscheid zu vertagen, fällt das kantonale Gericht im Strafurteil. Gegen dieses Strafurteil kann Beschwerde in Strafsachen erhoben und eine Verletzung von Art. 126 Abs. 4 StPO geltend gemacht werden. Der spätere Entscheid, in dem nur noch über die vertagten Zivilansprüche befunden wird, muss hingegen mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden.¹³⁹

¹³⁵ BGE 118 II 410 E. 1 m.Hinw. auf BGE 104 IV 68 E. 3b; BGer, StA, 23.12.2011, 6B_176/2011, E. 2.3.

¹³⁶ Zustimmend Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 78 N 28; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 78 N 8; offen gelassen in BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.1.

¹³⁷ Vgl. BGE 123 IV 78 E. 3a.

¹³⁸ BGE 133 III 701 E. 2.

¹³⁹ Unter Bezugnahme auf die altrechtliche Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 2 OHG, wonach auf die Beurteilung durch die gleiche Behörde abgestellt wurde, lässt DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2477, hier auch eine Beschwerde in Strafsachen zu.

d) Zivilansprüche vorinstanzlich dem Grundsatz nach entschieden

Bei komplexen und aufwendigen Schadensberechnungen eröffnet Art. 126 Abs. 3 StPO 34 (ehemals Art. 38 Abs. 3 OHG) die Möglichkeit, **Zivilansprüche nur dem Grundsatz** nach zu entscheiden.¹⁴⁰ In der Regel wird der Grundsatzentscheid über die Zivilansprüche auch von der letzten kantonalen Instanz *zusammen* mit dem Strafurteil gefällt. In diesem Fall ist die Beschwerde in Strafsachen zu erheben.¹⁴¹ Darin kann geltend gemacht werden, dass der Zivilanspruch mangels komplexer Verhältnisse zu Unrecht nur dem Grundsatz nach entschieden wurde (Verletzung von Art. 126 Abs. 3 StPO resp. altrechtlich: Art. 38 Abs. 3 OHG). Aber auch die falsche Festlegung der Haftungsquoten kann mit Beschwerde in Strafsachen vorgebracht werden. Wird hingegen – wie in BGE 133 III 701¹⁴² – vorinstanzlich nur noch ein Grundsatzurteil über die Haftungsquoten ausgefällt, so ist dagegen die Beschwerde in Zivilsachen oder allenfalls eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben. Das Gleiche gilt für den späteren Zivilgerichtsentscheid, der sich bloss noch auf den strafgerichtlichen Haftungsverteilschlüssel stützt. Auch hier ist eine (streitwertbegrenzte) Beschwerde in Zivilsachen oder eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben.¹⁴³

e) Vorinstanzlich nur noch Zivilansprüche behandelt

Sind vor der letzten kantonalen Instanz in einem Strafverfahren nur noch die Zivilforderungen 35 umstritten und die erstinstanzlichen Schuldsprüche insoweit in Rechtskraft erwachsen, so ist dieser Entscheid über die Zivilforderungen mit Beschwerde in Zivilsachen anzufechten. Unterhalb der Streitwertgrenze von CHF 30 000.– bleibt in solchen Fällen nur noch die rügebeschränkte subsidiäre Verfassungsbeschwerde (BGE 133 III 701 E. 2; BGer, StA, 10.11.2016, 6B_309/2016, E. 1).

¹⁴⁰ BGE 125 IV 153; 142 III 653; s.a. BGer, StA, 30.8.2006, 6S.13/2006, E. 3 f.; KOLLY, *pourvoi en nullité*, 65; vgl.

Art. 210 Abs. 3 BStP/2010.

¹⁴¹ BGer, StA, 10.11.2016, 6B_309/2016, E. 1; StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.1; DONZALLAZ, *Commentaire*, Art. 78 N 2478.

¹⁴² Dazu N 35.

¹⁴³ DONZALLAZ, *Commentaire*, Art. 78 N 2481.

f) Zivilansprüche in Bundesstrafverfahren

36 P. SUTTER vertritt die Auffassung, dass «*Rechtsschutzlücken gegen Urteile des Bundesstrafgerichts über Zivilansprüche*» bestehen.¹⁴⁴ Bundesstrafgerichtliche Entscheide über Zivilsachen könnten gar nicht angefochten werden, wenn nicht auch die Strafsache angefochten wird. Nach Art. 75 Abs. 1 sei die Beschwerde zulässig «*gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen und des Bundesverwaltungsgerichts*». Gegen zivilrechtliche Entscheide des Bundesstrafgerichts bleibe der Rechtsschutz gänzlich aus. Weil nach der hier vorgeschlagenen und vom Bundesgericht übernommenen Lösung in Anlehnung an den italienischen Gesetzestext nur darauf abgestellt wird, was die letzte Instanz mit den Zivilansprüchen gemacht hat, tritt die von P. SUTTER beschriebene **Rechtsschutzlücke** nur in Ausnahmefällen ein: Wenn das Bundesstrafgericht Zivilansprüche zusammen mit der Strafsache behandelt (N ■), auf den Zivilweg verweist (N ■), vertagt (N ■) oder dem Grundsatz nach entscheidet (N ...),¹⁴⁵ dann können diese Entscheide zum Gegenstand einer Beschwerde in Strafsachen gemacht werden.¹⁴⁶ Die Situation, dass letztinstanzlich nur noch adhäsionsweise geltend gemachte Zivilansprüche umstritten sind (N ■), ist im bundesstrafgerichtlichen Verfahren mangels Doppelinstanzlichkeit nicht denkbar.¹⁴⁷ Eine mögliche Rechtsschutzlücke (i.S.v. Art. 78 Abs. 2 lit. a und Art. 75 Abs. 1) bleibt, wenn das Bundesstrafgericht später nur noch über vertagte Zivilansprüche entscheidet. Bei solchen Vertagungen werden die Zivilansprüche nicht zusammen («unitamente») mit der Strafsache behandelt. Hier spricht vieles dafür, den Anwendungsbereich der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 75 Abs. 1 auf bundesstrafgerichtliche Zivilentscheide auszuweiten.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Vgl. SUTTER, AJP 2007, 214ff.; zustimmend DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2488.

¹⁴⁵ Art. 210 Abs. 3 BStP/2010; Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2006.20 vom 3.10.2007, E. 8 und SK_2004_8 vom 21.3.2005, E. 6.2 und Dispositivziffer II. 5.

¹⁴⁶ In diesem Sinne auch BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.1, wo sich die Aeroflot Russian Airlines beschwerte, dass das BStG die Schadenersatzforderung lediglich dem Grundsatz nach gutgeheissen, sie zur Bemessung des Anspruchs aber auf den Zivilweg verwiesen habe. Das BGer erklärte, dass die Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide des BStG ausser Betracht falle (Art. 75 Abs. 1). Es nahm die Rügen dann aber als *Beschwerde in Strafsachen* entgegen.

¹⁴⁷ Y. JEANNERET, ZStrR 3/2010, 316; zur Doppelinstanzlichkeit vgl. Art. 80 N 8d ff.

¹⁴⁸ Vgl. SUTTER, AJP 2007, 216.

5. De lege ferenda

Im Vernehmlassungsentwurf von 2015 schlägt der Bundesrat vor, die bundesgerichtliche Praxis 36a (BGE 133 III 701 E. 2) zur Anfechtbarkeit von Adhäsionsforderungen ins Gesetz zu überführen: „Für die Zulässigkeit der Beschwerde in Strafsachen ist massgebend, dass die Vorinstanz des Bundesgerichts sowohl den Straf- als auch den Zivilpunkt beurteilte oder dies hätte tun müssen.“¹⁴⁹ Dieses Vorhaben setzt der Vernehmlassungsentwurf indes nur ungenügend um: Neu sollen der Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 Abs. 2 lit. a auch Entscheide unterliegen über „Zivilansprüche, wenn diese von der Vorinstanz zusammen mit der Strafsache zu beurteilen waren“ („Sont également sujettes au recours en matière pénale [...] les décisions sur les prétentions civiles que l'autorité précédente devait juger en même temps que la cause pénale“; „Al ricorso in materia penale soggiacciono anche le decisioni concernenti [...] le pretese civili trattate dall'autorità inferiore unitamente alla causa penale“). Die deutsche und französische Gesetzesfassung stellen nur darauf ab, was die Vorinstanz hätte tun sollen, nämlich die Zivilforderungen zusammen mit der Strafsache behandeln. Nicht geregelt wird damit der nach der Praxis unbestrittenermassen der Beschwerde in Strafsachen unterliegende Fall, dass die Zivilforderungen tatsächlich zusammen mit dem Strafpunkt behandelt wurden.¹⁵⁰ Dieser letzte Fall kommt im italienischen Gesetzestext klar zum Ausdruck („trattate [...] unitamente alla causa penale“). Im italienischen Gesetzestext wird umgekehrt jedoch versäumt, den ebenfalls unbestrittenermassen der Beschwerde in Strafsachen unterliegenden Fall zu regeln, dass die Vorinstanz die Zivilforderungen gemeinsam mit dem Strafpunkt hätte beurteilen müssen.

Behoben werden soll auch der Umstand, dass die Anfechtung von Adhäsionsansprüchen in 36b Strafrechtsbeschwerden derzeit keiner Streitwertbegrenzung unterliegt: „Betrifft eine Beschwerde nach Artikel 78 Absatz 2 Buchstabe a BGG nur den Zivilpunkt, so müssen die Streitwertgrenzen, die bei der Beschwerde in Zivilsachen gelten (Art. 74 BGG), beachtet werden.“¹⁵¹ Neu soll deshalb ein Art. 79a eingefügt werden: „Für Beschwerden, die sich ausschliesslich gegen den Entscheid über Zivilansprüche richten, gelten die Streitwertgrenzen nach Artikel 74“. Das Vorhaben, die geschilderte Privilegierung zu beseitigen, ist grundsätzlich

¹⁴⁹ Bericht VE-BGG, 16.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 133 III 701 E. 2.1: „Die italienische Fassung spricht dafür, dass die Beschwerde in Strafsachen zulässig ist, wenn die letzte kantonale Instanz über den Straf- wie den Zivilpunkt befunden hat oder hätte befinden müssen.“

¹⁵¹ Bericht VE-BGG, 17.

begrüssenswert, doch verfehlt der bundesrätliche Vorschlag dieses Ziel: Nach der vorgeschlagenen Regelung gelten die Streitwertgrenzen nämlich nur, wenn sich die Beschwerde „ausschliesslich“ gegen den Entscheid über die Zivilansprüche richtet. Ficht der Beschwerdeführer aber zusätzlich noch den Strafpunkt an, könnte er das Streitwertfordernis erneut aushebeln. Der Vorschlag schiesst auch teilweise am Ziel vorbei: Die ausschliessliche Anfechtung von Zivilansprüchen unterliegt heute schon der Streitwertbegrenzung, wenn „im Strafverfahren vor der oberen kantonalen Instanz nur noch der Zivilpunkt streitig“ und deshalb eine (streitwertbegrenzte) Beschwerde in Zivilsachen zu erheben war (BGE 133 III 701). Will man die Privilegierung beseitigen, so muss darauf abgestellt werden, dass Zivilansprüche nur mit der Beschwerde in Strafsachen angefochten werden können, wenn die Streitwertgrenzen der Beschwerde in Zivilsachen erreicht sind. In diesem Sinne schlägt der Bundesrat in seiner Variante zu Art. 79a Abs. 1 lit. a eine „Streitwertgrenze für alle vermögensrechtlichen Zivilansprüche“¹⁵² vor: „Beträgt der Streitwert weniger als 30 000 Franken, so ist die Beschwerde unzulässig gegen Entscheide über [...] vermögensrechtliche Zivilansprüche.“ Mit Blick auf die Streitwertgrenzen im Staatshaftungsrecht (Art. 85 Abs. 1 lit. a) konsequent ist der weitere Vorschlag in der Variante zu Art. 79a, eine Streitwertbegrenzung auch für „den Anspruch der beschuldigten Person auf eine staatliche Entschädigung oder Genugtuung“ einzuführen. Gleichwohl hätte man gerade diese Streitwertgrenzen de lege ferenda auch überdenken können, zumal es hier um den besonders heiklen Bereich des Fehlverhaltens von Strafbehörden geht.

6. Fazit

37 Der deutsche und französische Gesetzestext machen die Zulässigkeit der Adhäsionsbeschwerde davon abhängig, ob die Zivilansprüche vom Bundesgericht «zu behandeln sind». Die Beschwerdezulässigkeit von künftigen Ereignissen abhängig zu machen, bereitet unüberwindbare praktische Schwierigkeiten. Abzustellen ist deshalb auf den **italienischen Text**, der für das Eintreten auf das angefochtene Urteil zurückblickt. Diesem Vorschlag hat sich unterdessen auch das Bundesgericht angeschlossen.¹⁵³ Entscheidend ist, was Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils war oder hätte sein sollen. Hat die Vorinstanz die Zivilansprüche *mit*behandelt, so können diese auch *alleine* mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden. Hat die Vorinstanz die Zivilansprüche im Strafurteil auf den Zivilweg verwiesen, aufgeschoben

¹⁵² Bericht VE-BGG, 17.

¹⁵³ BGE 133 III 701 E. 2.

|

oder nur dem Grundsatz nach entschieden, so kann dieser Umstand unter opferhilferechtlichen Gesichtspunkten in einer Beschwerde in Strafsachen beanstandet werden. Hat die Vorinstanz hingegen *nur noch* über die Zivilansprüche befunden, ist eine Beschwerde in Zivilsachen oder unterhalb der Streitwertgrenze eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben. De lege ferenda sollen der Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 Abs. 2 lit. a auch Entscheide unterliegen über „Zivilansprüche, wenn diese von der Vorinstanz zusammen mit der Strafsache zu beurteilen waren“.

Erstabzug

III. Entscheide zu Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 78 Abs. 2 lit. b)

38 Der Beschwerde in Strafsachen unterliegen auch Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 78 Abs. 2 lit. b).¹⁵⁴ Damit entfällt die altrechtliche Zweiteilung, wonach die strafgerichtliche Anordnung von Strafen und Massnahmen der Nichtigkeitsbeschwerde, die verwaltungsbehördlichen Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen hingegen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde (resp. soweit sie sich auf kantonale Vollzugsbestimmungen stützten mit staatsrechtlicher Beschwerde) anfechtbar waren. Unter altem Verfahrensrecht ging die Rechtsprechung davon aus, dass Entscheide betreffend den Straf- und Massnahmenvollzug (z.B. bedingte Entlassung) materiell verwaltungsrechtlicher Natur seien. Sie werden von Verwaltungsbehörden gefällt und unterstanden deshalb öffentlich-rechtlichen Beschwerden.¹⁵⁵ Mag diese Einteilung formell richtig gewesen sein, so führte sich doch zu einer komplexen Rechtsmittlersplitterung.¹⁵⁶ Die Entflechtung des Rechtsmittelwegs war eines der Hauptziele der Justizreform.¹⁵⁷ Die Idee der drei Einheitsbeschwerden besteht darin, mit einer Beschwerde einheitlich ein ganzes Rechtsgebiet abzudecken. Es ergibt deshalb Sinn, die Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Beschwerde in Strafsachen zu unterstellen. Denn auch wenn diese Entscheide von einer Verwaltungsbehörde ausgehen, so sind sie doch direkte Folge einer Straftat und somit eine Strafsache. Dieser Konnex zum Strafurteil bestünde auch bei Führerausweisentzügen, soweit sie von den Verwaltungsbehörden im Gefolge einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Strassenverkehrsvergehen angeordnet wurden. Doch gelten die Warnungsentzüge nach dem Willen des Gesetzgebers als verwaltungsrechtliche

¹⁵⁴ BGE 135 I 6 E. 2.2; 133 IV 121 E. 1; 141 IV 49 E. 2.4 und 2.5; BGer, StA, 22.9.2015, 6B_824/2015, E. 1.1 (Zwangsmedikation); StA, 20.3.2014, 6B_80/2014, E. 1.1; I. ÖRA, 13.1.2014, 1B_467/2013, E. 2 (angefochten war ein kant. Rechtsmittelentscheid gegen einen Entscheid des erstinstanzlichen Exequaturrichters); StA, 14.3.2007, 6B_2/2007, E. 2; s.a. MEYER, ZBJV 2010, 804.

¹⁵⁵ Zum bisherigen Recht BGE 100 Ib 323 E. 1; 122 IV 8 E. 1a; vgl. FERBER, Nichtigkeitsbeschwerde, 24; SCHWERI, Nichtigkeitsbeschwerde, Rz. 92; GEISER/MÜNCH²-WIPRÄCHTIGER, Rz. 6.18 und 6.64 ■ nicht im Lit.verz., Achtung Neuauflage ■.

¹⁵⁶ THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 652.

¹⁵⁷ Botschaft 20014208.

Angelegenheiten und unterliegen somit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen
Angelegenheiten (vgl. dazu N ■).¹⁵⁸ [pbr](#)

Erstabzug

¹⁵⁸ Art. 23 f. SVG; Botschaft StGB AT BBl 1999 2058; BGer, KassH, 13.3.2006, 6A.70/2005, E. 1, nicht publ. in
BGE 132 II 234, I. ÖRA, 8.4.2016, 1C_656/2015, E. 1; vgl. N 17.

Marc Thommen / Roberto Faga

Art. 80

Vorinstanzen

¹ Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen und des Bundesstrafgerichts.

*«Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen und gegen Entscheide der Beschwerdekammer und der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts».*¹

² Die Kantone setzen als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein. Diese entscheiden als Rechtsmittelinstanzen. Ausgenommen sind die Fälle, in denen nach der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) ein Zwangsmassnahmegericht oder ein anderes Gericht als einzige kantonale Instanz entscheidet.

Autorités précédentes

¹ Le recours est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance et par le Tribunal pénal fédéral.

*«Le recours est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance ou par la Cour des plaintes et la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral».*²

² Les cantons instituent des tribunaux supérieurs comme autorités cantonales de dernière instance. Ces tribunaux statuent sur recours. Sont exceptés les cas dans lesquels le code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP) prévoit un tribunal des mesures de contrainte ou un autre tribunal comme instance cantonale unique.

¹ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), Änderung vom 17. März 2017 (Referendumsvorlage), BBl 2017 2429 ff. ; Inkrafttreten per 1.1.2019, vgl. Medienmitteilung des Bundesrats «Schaffung einer Berufungskammer am Bundesstrafgericht» vom 25.10.2017.

² Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP), modification du 17 mars 2017 (texte soumis au référendum), FF 2017 2255 ff.

Autorità inferiori

¹ Il ricorso è ammissibile contro le decisioni delle autorità cantonali di ultima istanza e contro le decisioni del Tribunale penale federale.

*«Il ricorso è ammissibile contro le decisioni delle autorità cantonali di ultima istanza e contro le decisioni della Corte dei reclami penali e della Corte d'appello del Tribunale penale federale».*³

² I Cantoni istituiscono tribunali superiori quali autorità cantonali di ultima istanza. Tali tribunali giudicano su ricorso. Sono fatti salvi i casi in cui secondo il Codice di procedura penale del 5 ottobre 2007 (CPP) si pronuncia, quale istanza cantonale unica, un giudice dei provvedimenti coercitivi o un altro giudice.

³ Legge federale sull'organizzazione delle autorità penali della Confederazione (Legge sull'organizzazione delle autorità penali, LOAP), modifica del 17 marzo 2017 (testo sottoposto al referendum), FF 2017 2113 ff.

Inhaltsübersicht

Note

I.	Anstehende Gesetzesänderungen.....	
II.	Letztinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 1).....	
	1. Kantonale Gerichte als Vorinstanzen.....	
	2. Bundesstrafgericht als Vorinstanz	
III.	Zweitinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 2).....	
	1. «Double Instance» im kantonalen Verfahren (Abs. 2 Satz 1 und 2)..	
	2. Ausnahmen von «Double Instance» im kantonalen Verfahren (Abs. 2 Satz 3)	
	3. «Double Instance» im Bundesstrafverfahren	

Erstabzug

Materialien

Vgl. Materialien bei Art. 78.

Zur Änderung von Art. 80 Abs. 1: Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Erweiterung der Kognition bei Beschwerden in Strafsachen) vom 4.9.2013, BBl 2013 7109 ff. (zit. Botschaft 2013); Zusatzbotschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Schaffung einer Berufungskammer am Bundesstrafgericht) vom 17. Juni 2016, BBl 2016 6199 ff. (zit. Zusatzbotschaft 2016).⁴ Motion von Ständerat Claude Janiak 10.3138 vom 17.3.2010 – „Erweiterung der Kognition des Bundesgerichts bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichts“ (zit. Motion Janiak, 10.3138); AB 2010 N, 2151 f.; AB 2014 S 1289 f.; AB 2015 N 652 ff.; AB 2016 S 1038; AB 2017 N 69 ff.; AB 2017 S 170; AB 2017 N 423; AB 2017 N 573; AB 2017 S 307; Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), Änderung vom 17. März 2017 (Referendumsvorlage), BBl 2017 2429 ff.

Zur Änderung von Art. 80 Abs. 2: Bundesamt für Justiz, Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015 (zit. Bericht VE-BGG); Bundesgesetz über das Bundesgericht, Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015.⁵

⁴ Beide publiziert auf: www.admin.ch

⁵ Beide publiziert auf: www.bj.admin.ch.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 78.

Erstabzug

I. Anstehende Gesetzesänderungen^{header=skip}

- 1 ^{header2="1, 1a"}Art. 80 regelt die Vorinstanzen zum bundesgerichtlichen Verfahren. Nach Abs. 1 müssen die angefochtenen Entscheide letztinstanzlich sein. Abs. 2 verlangt, dass obere Gerichte als kantonale Rechtsmittelinstanzen entscheiden.
- 1a ^{header2="1, 1a"}Beide Absätze von Art. 80 standen seit Längerem in Kritik. Abs. 1 wurde vom Parlament deshalb am 17.3.2017 revidiert. Diese Änderung steht in Zusammenhang mit der Schaffung einer Berufungskammer am Bundesstrafgericht und geht auf eine Motion von Ständerat C. Janiak zurück.⁶ Darin wurde der Bundesrat beauftragt, die Kognition des Bundesgerichts bei Beschwerden gegen Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichts dahingehend zu erweitern, dass Sachverhaltsfeststellungen uneingeschränkt überprüft werden können. Hintergrund hierfür war die fehlende Möglichkeit, im Bundesstrafverfahren Berufung gegen Urteile des Bundesstrafgerichts zu erheben. Anders als im *kantonalen* Strafverfahren, in welchem alle Strafurteile der Berufung und damit (abgesehen von Übertretungen) einer umfassenden Rechts- und Sachverhaltskontrolle unterliegen (Art. 398 StPO), fehlte im **Bundesstrafverfahren** bisher eine Umsetzung des Prinzips der Doppelinanzlichkeit („double instance“; vgl. dazu ausführlich N ■). Am 4.9.2013 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Umsetzung der Motion Janiak.⁷ Das Parlament wies diese jedoch zurück mit dem Auftrag, gesetzliche Grundlagen für die Schaffung einer eigenständigen Berufungskammer am Bundesstrafgericht zu erarbeiten. Damit wurde ein Vorschlag aufgenommen, den das Bundesgericht und das Bundesstrafgericht gemacht hatten.⁸ Die entsprechende Revision wurde am 17.3.2017 angenommen.⁹ Gemäss Art. 33 nStBOG besteht das Bundesstrafgericht neu aus je einer Straf-, Beschwerde- sowie *Berufungskammer*. Art. 38a nStBOG lautet künftig: «*Die Berufungskammer entscheidet über Berufungen und Revisionsgesuche.*» Auch Art. 80 Abs. 1 wurde entsprechend angepasst: «*Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen und gegen Entscheide der Beschwerdekammer und der Berufungskammer*

⁶ Motion Janiak, 10.3138.

⁷ Botschaft 2013.

⁸ Zusatzbotschaft 2016 6202; Botschaft 2013 7115 ff.

⁹ AB 2010 N 2151 f.; AB 2014 S 1289 f.; AB 2015 N 652 ff.; AB 2016 S 1038; AB 2017 N 69 ff.; AB 2017 S 170; AB 2017 N 423; AB 2017 N 573; AB 2017 N 307.

des Bundesstrafgerichts.»¹⁰ Damit schafft der Gesetzgeber für die schweren Verbrechen in Bundeszuständigkeit eine «**eigenständige Berufungskammer**»¹¹ beim Bundesstrafgericht (vgl. dazu auch N ■). Die revidierte Fassung von Art. 80 Abs. 1 wird per 1.1.2019 in Kraft treten,¹² weshalb die vorliegende Kommentierung sowohl die geltende als auch die künftige Rechtslage berücksichtigt.

In Bezug auf Art. 80 Abs. 2 laufen derzeit Vernehmlassungen. In concreto soll verhindert werden, 1b dass Zwangsmassnahmengerichtsentscheide direkt beim Bundesgericht als erste Rechtsmittelinstanz mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden können.¹³ Dazu ist die Streichung von Satz 3 («Ausgenommen sind die Fälle, in denen nach der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO] ein Zwangsmassnahmegericht oder ein anderes Gericht als einzige kantonale Instanz entscheidet») geplant (vgl. N ■). Entscheide kantonaler Beschwerdeinstanzen, die Zwangsmassnahmen betreffen, sollen demgegenüber nach wie vor mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden können; die entsprechende Regelung ist neu (sachgerecht) in Art. 79 Abs. 1 lit. b und c vorgesehen (vgl. Bericht VE-BGG).

¹⁰ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), Änderung vom 17.3.2017 (Referendumsvorlage), BBl 2017 2429 ff.

¹¹ Zusatzbotschaft 2016 6200.

¹² Medienmitteilung des Bundesrats «Schaffung einer Berufungskammer am Bundesstrafgericht» vom 25.10.2017.

¹³ Bericht VE-BGG, 13.

II. Letztinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 1)

2 Art. 80 legt unter dem Titel «Vorinstanzen» fest, was die Beschwerdeführer an Rechtsmittelinstanzen zu durchlaufen haben, bevor sie mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht gelangen können. Die angefochtenen Entscheide müssen kantonale oder auf Bundesebene letztinstanzlich sein. Der Entscheid der Vorinstanz darf nicht anderweitig anfechtbar sein (Abs. 1; N. ■ ff.). Zudem stellt das Bundesgerichtsgesetz gerichtsorganisatorische Anforderungen an die kantonalen Vorinstanzen. Diese müssen obere kantonale Gerichte sein, welche als Rechtsmittelinstanzen entscheiden (Abs. 2; N. ■ ff.).

1. Kantonale Gerichte als Vorinstanzen

3 Die Beschwerde in Strafsachen ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen. Wie unter dem alten Verfahrensrecht muss der kantonale Instanzenzug erschöpft, der angefochtene Entscheid somit letztinstanzlich sein.¹⁴ Mit anderen Worten darf gegen ihn weder die Berufung i.S.v. Art. 398 ff. StPO noch die Beschwerde i.S.v. Art. 393 ff. StPO offenstehen. Die **Letztinstanzlichkeit** ist nach herkömmlichem Verständnis eine Anforderung an das Anfechtungsobjekt. Sie gilt für alle drei ordentlichen Beschwerden gleichermassen und hätte daher auch bei den «anfechtbaren Entscheiden» (Art. 90 ff.) geregelt werden können.¹⁵ Bei der Letztinstanzlichkeit eines Entscheides handelt es sich um eine Sachurteilsvoraussetzung, weshalb das Bundesgericht bei deren Fehlen einen Nichteintretensentscheid fällt.¹⁶

4 Im Normalfall der Beschwerde gegen einen ober-/kantonsgerichtlichen **Berufungsentscheid** bereitet das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit keine grossen Schwierigkeiten.¹⁷ Viel komplexer und vom Ziel der Justizreform, das Verfahren zu vereinfachen¹⁸ unterdessen meilenweit entfernt, sind die Rechtsmittelwege bei der Anfechtung von «**Verfahrenshandlungen**» der verschiedenen Strafbehörden (Art. 20 StPO). In besonderem Masse gilt dies für die Zwangsmassnahmen (N. ■), aber auch für Einstellungen und

¹⁴ Art. 268 BStP und Art. 86 Abs. 1 OG; SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, 15 ff.

¹⁵ Vgl. KARLEN, BGG, 34 f.

¹⁶ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 80 N 2.

¹⁷ BGE 135 I 63 E. 1.1; 133 IV 150 E. 1.1.

¹⁸ Botschaft BBl 2001 4202 ff., 4208.

Nichtanhandnahmen (N ■). Auch die Anfechtbarkeit von **verfahrensleitenden Entscheiden** der erstinstanzlichen Gerichte bedurfte einer eingehenden Klärung durch Lehre und Rechtsprechung (N ■). Diese Komplexität widerspiegelt sich in der Kasuistik (N ■).

a) Zwangsmassnahmen

Bei der Anfechtung von Entscheiden über Zwangsmassnahmen sind drei Konstellationen zu 4a unterscheiden: Erstens «normale Zwangsmassnahmen» im Zuständigkeitsbereich von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden, wie etwa Vorladungen,¹⁹ polizeiliche Vorführungen,²⁰ Fahndungen,²¹ Durchsuchungen und Untersuchungen²² oder Beschlagnahmen,²³ bei deren Anordnung der Betroffene grundsätzlich an die Beschwerdeinstanz gemäss Strafprozessordnung gelangen kann.²⁴ Der Entscheid der Beschwerdeinstanz ist letztinstanzlich i.S.v. Art. 80 Abs. 1. Er ist aber nicht «zweitinstanzlich» i.S.v. Art. 80 Abs. 2. Gleichwohl unterliegt er der Beschwerde in Strafsachen, weil in Satz 3 dieser Bestimmung eine Ausnahme statuiert wird, wenn ein «*Gericht als einzige kantonale Instanz entscheidet*».²⁵ Weiter gibt es Zwangsmassnahmen, die vom Zwangsmassnahmengericht angeordnet werden müssen (z.B. Haft,²⁶ stationäre Begutachtung,²⁷ Massenuntersuchungen²⁸ oder Überwachung von

¹⁹ Art. 201 ff. StPO.

²⁰ Art. 207 ff. StPO.

²¹ Art. 210 f. StPO.

²² Art. 241 ff. StPO.

²³ Art. 20 Abs. 1 lit. b und Art. 263 ff. StPO.

²⁴ Für eine detaillierte Auflistung vgl. BSK StPO²-GUIDON, Art. 393 N 8 und 10; eine Anfechtung sowohl mittels Beschwerde gemäss Strafprozessordnung als auch Beschwerde in Strafsachen ist ausgeschlossen, wo die Staatsanwaltschaft „endgültig“ i.S.v. Art. 380 StPO entscheidet, z.B. über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens gemäss Art. 359 Abs. 1 StPO; vgl. dazu N ■. Die Beschwerde gemäss Strafprozessordnung ist ebenfalls nicht zulässig gegen den Strafbefehl, welcher gemäss Art. 354 StPO mit Einsprache anzufechten ist.

²⁵ Vgl. dazu N ■; Art. 80 Abs. 2 Satz 3 ist im VE-BGG zur Streichung beantragt, nicht jedoch, weil diese Ausnahme verschwinden soll, sondern weil sie neu sachgerecht in Art. 79 Abs. 1 lit. b und c bei den Ausnahmen zur Beschwerde geregelt werden soll.

²⁶ Art. 18 Abs. 1 und Art. 220 Abs. 1 StPO.

²⁷ Art. 186 Abs. 2 StPO.

²⁸ Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Art. 256 StPO.

Bankbeziehungen²⁹). Hieraus ergeben sich die zweite und dritte Gruppe in Bezug auf das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit: Über gewisse Zwangsmassnahmen entscheidet das Zwangsmassnahmengericht endgültig.³⁰ Dies trifft etwa auf die Anordnung einer stationären Begutachtung zu.³¹ Eine Beschwerde an die kantonale Beschwerdeinstanz gibt es nicht. Der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts ist hier letztinstanzlich i.S.v. Art. 80 Abs. 1. Soweit das kantonale Zwangsmassnahmengericht auf der Stufe der erstinstanzlichen Gerichte angesiedelt ist,³² sind seine Entscheide jedoch nicht oberinstanzlich. Gleichwohl kann der Entscheid direkt mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden. Für diese Fälle, in denen das Zwangsmassnahmengericht *«als einzige kantonale Instanz entscheidet»*, sieht Art. 80 Abs. 2 Satz 3 derzeit noch Ausnahmen vom Erfordernis der Ober- und Zweitinstanzlichkeit vor.³³ Die dritte Gruppe betrifft die vom Zwangsmassnahmengericht angeordneten Massnahmen, die von der Strafprozessordnung explizit der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz unterstellt werden.³⁴ Wichtigstes Beispiel hierfür ist die Haftanordnung.³⁵ Der Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts muss zunächst an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden. Erst der Beschwerdeinstanzentscheid gilt als letztinstanzlich i.S.v. Art. 80 Abs. 1. In dieser Gruppe ist sowohl das Erfordernis der Ober- als auch dasjenige der Zweitinstanzlichkeit erfüllt (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 und 2).

²⁹ Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Art. 284 StPO.

³⁰ Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO e contrario.

³¹ Art. 186 Abs. 2 StPO; vgl. auch Entsiegelungsgesuche der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO) und DNA-Massenuntersuchungen (Art. 256 StPO).

³² Vgl. z.B. § 29 GOG/ZH; Art. 2 Abs. 4 lit. b und Art. 83 GSOG/BE sowie Art. 37 ff. EG ZSJ/BE; zur diesbezüglichen Organisationsfreiheit der Kantone BSK StPO²-KIPFER, Art. 18 N 3.

³³ Diese Ausnahme (direkte Anfechtbarkeit von Zwangsmassnahmengerichtsentscheiden) soll de lege ferenda verschwinden, zumal es nicht als stufenadäquat angesehen wird, dass sich das BGer als einzige Rechtsmittelinstanz mit der Anordnungen zur stationären Begutachtung, oder mit Entsiegelungsgesuchen auseinandersetzen soll, vgl. Bericht VE-BGG, 13 („*Es kann jedoch nicht Aufgabe des Bundesgerichts sein, in den genannten Fällen als erste Rechtsmittelinstanz zu wirken.*“); Dazu N ■ II■.

³⁴ Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO.

³⁵ Art. 222 StPO; vgl. auch **Telefonüberwachungen** (Art. 279 Abs. 3 StPO; zur bisherigen Rechtslage: BGE 133 IV 182 E. 4.4); Überwachungen von **Bankbeziehungen** (Art. 285 Abs. 4 StPO) und mit **technischen Überwachungsgeräten** (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 179 Abs. 3 StPO); **verdeckte Ermittlungen** (Art. 298 Abs. 3 StPO).

b) Einstellungen und Nichtanhandnahmen

Nebst den Zwangsmassnahmen stellen die **Einstellungs-** und **Nichtanhandnahmeverfügungen** 4b der Staatsanwaltschaft eine weitere wichtige Gruppe von anfechtbaren Verfahrenshandlungen dar. Gemäss expliziter Anordnung in Art. 322 Abs. 2 StPO können Einstellungsverfügungen innert zehn Tagen an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden. Das Gleiche gilt qua Verweis in Art. 310 Abs. 2 StPO für die Nichtanhandnahmeverfügung. Damit fallen die Einstellung und die Nichtanhandnahme in die erste Kategorie der anfechtbaren Verfahrenshandlungen, bei der das Erfordernis der Ober-, nicht aber dasjenige der Zweitinstanzlichkeit gewahrt ist. Die Anfechtbarkeit von Einstellungsverfügungen soll auch de lege ferenda erhalten bleiben. Nach Art. 79 Abs. 1 lit. c VE 2015 soll die Beschwerde nämlich nur unzulässig sein gegen Entscheide kantonaler Beschwerdeinstanzen, die weder Zwangsmassnahmen noch eine Einstellungsverfügung betreffen. Weshalb nicht auch Nichtanhandnahmeverfügungen explizit für anfechtbar erklärt werden, ist nicht nachvollziehbar, zumal diese von der Strafprozessordnung gleich behandelt werden wie Einstellungen (Art. 310 Abs. 2 StPO). Immerhin soll gemäss dem Vernehmlassungsentwurf das derzeit noch bestehende Manko beseitigt werden, dass Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts über Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen der Bundesanwaltschaft nicht angefochten werden können (Art. 79 Abs. 1 lit. b VE 2015).³⁶

c) Verfahrensleitende Entscheide [header=skip](#)

[header2="4c, 4d"](#)Unter dem Begriff «verfahrensleitende Entscheide» sind gemäss 4c bundesgerichtlicher Rechtsprechung jene Verfügungen zu verstehen, welche den Gang des Verfahrens betreffen. Insbesondere fallen darunter alle Entscheide, welche sich auf die Fortführung und den Ablauf des Verfahrens vor und während der Hauptverhandlung beziehen.³⁷ In aller Regel wird es sich dabei um Zwischenentscheide handeln, welche das Verfahren nicht

³⁶ Vgl. etwa BGer, I. ÖRA, 2.4.2012, 1B_505/2011, E. 2. („2. Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden gegen Entscheide in Strafsachen [Art. 78 Abs. 1 BGG]. Unzulässig ist die Beschwerde allerdings gegen Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, sofern es sich nicht um Entscheide über Zwangsmassnahmen handelt [Art. 79 BGG]. Soweit die Beschwerdekammer auf die Beschwerden gegen die Einstellung der Strafverfahren nicht eintrat, hat sie nicht über Zwangsmassnahmen entschieden. Dagegen ist die Beschwerde in Strafsachen ausgeschlossen.“); dazu Bericht VE-BGG, 17; vgl. auch N ■..

³⁷ BGer, I. ÖRA, 21.8.2017, 1B_171/2017, E. 2.3; BGE 140 IV 202 E. 2 ■..

abschliessen, sondern bloss einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid darstellen.³⁸ Verfahrensleitende Entscheide der erstinstanzlichen kantonalen Gerichte sind gemäss Art. 65 Abs. 1 StPO mit dem Endentscheid anzufechten und unterliegen laut Gesetzestext *nicht* der Beschwerde gemäss Strafprozessordnung (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO). Gegen sie ist demnach kein Rechtsmittel gemäss Strafprozessordnung zulässig (Art. 380 StPO), was unter gegebenen Voraussetzungen von Art. 92 f. zu einer direkten Weiterziehbarkeit an das Bundesgericht mit Beschwerde in Strafsachen führt. Direkt vor Bundesgericht angefochten werden können selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 92 Abs. 1). Sämtliche anderen selbständig eröffneten Vor- und Zwischenentscheide unterliegen der Beschwerde in Strafsachen, wenn sie einen *nicht wieder gutzumachenden Nachteil* bewirken (Art. 93 Abs. 1 lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde *sofort einen Endentscheid* herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b).

4d [header2="4c, 4d"](#)Es ist kaum denkbar, dass die Beschwerde gegen eine verfahrensleitende Verfügung je sofort zu einem Endentscheid führen könnte, weshalb diese zweite (alternative) Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung ist. Demgegenüber sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in welchen ein verfahrensleitender Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für den Betroffenen bedeutet, z.B. wenn die einer einzuvernehmenden Person zugesicherte Anonymität widerrufen wird (Art. 150 Abs. 6 StPO; vgl. auch Kasuistik, N ■). Bei einem weiten Verständnis von Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO, welcher verfahrensleitende Entscheide generell vom Anwendungsbereich der Strafprozessordnung ausschliesst, unterliegen demnach eine Vielzahl von erstinstanzlichen verfahrensleitenden Entscheiden der Beschwerde in Strafsachen. Um diese im Ergebnis nicht sachgerechte direkte Weiterziehbarkeit an das Bundesgericht zu vermeiden, hat das Bundesgericht die in der Lehre geäusserte Kritik³⁹ aufgegriffen und sich für ein restriktives Verständnis der «verfahrensleitenden Entscheide» gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO ausgesprochen: Es sollen lediglich sämtliche Verfügungen darunter fallen, welche *keinen* nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken.⁴⁰ Diese unterliegen grundsätzlich weder der

³⁸ BSK StPO²-GUIDON, Art. 393 N 6; vgl. zum Ganzen auch GUIDON, Anfechtbarkeit, 26.

³⁹ Art. 79 N 23; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 80 N 12 f. m.w.Hinw.

⁴⁰ Erstmals mit BGer, 1. ÖRA, 23.12.2011, 1B_569/2011, E. 2, Pra 2012, Nr. 68, 466 f.; vgl. auch BGE 140 IV 202 E. 2.1 („*A l'inverse, si la décision peut causer un préjudice irréparable, elle est en principe attaquable par la voie du recours prévu par l'art. 393 CPP, puis par le recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral*“).

Beschwerde gemäss Strafprozessordnung (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO) noch der Beschwerde in Strafsachen (Art. 93 Abs. 1 lit. a), sondern sind mit dem Endentscheid anzufechten (Art. 65 Abs. 1 StPO).⁴¹ Diejenigen verfahrensleitenden (Vor- und Zwischen-)Entscheide, welche einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können, sind demgegenüber nicht vom Begriff der «verfahrensleitenden Entscheide» gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO erfasst und damit auch nicht vom Anwendungsbereich der Beschwerde gemäss Strafprozessordnung ausgeschlossen. Sie müssen zunächst mit Beschwerde gemäss Strafprozessordnung angefochten werden und erst der Beschwerdeentscheid unterliegt dann – bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen – der Beschwerde in Strafsachen.

Immer vom Anwendungsbereich der Beschwerde gemäss Strafprozessordnung ausgeschlossen sind Entscheide über den Ausstand nach Art. 56 ff. StPO (kraft Spezialregelung in Art. 59 StPO). Gegen sie (sowie auch gegen Entscheide über Zuständigkeiten) kann direkt Beschwerde in Strafsachen ergriffen werden (Art. 92 Abs. 1).

d) Kasuistik

In seiner **Rechtsprechung** hat sich das Bundesgericht verschiedentlich zur Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs geäussert:⁴²

- Wegen der Übergangsregelung von Art. 130 Abs. 1 galten erwachsenenstrafrechtliche **Haftentscheide** der bezirksgerichtlichen Einzelrichter bis zum Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung noch als letztinstanzlich. Das Bundesgericht äusserte in diesem Zusammenhang grosse Bedenken gegen das einstufige Zürcher Haftprüfungsverfahren wegen des «äusserst schwerwiegenden» Grundrechtseingriffs. Die Einführung einer Rekursinstanz und/oder der Ausbau der Verfahrensrechte könne sich daher – so das Bundesgericht – in Zukunft als verfassungsrechtlich notwendig aufdrängen.⁴⁴ Der Bundesgesetzgeber nahm diese Bedenken auf und weitete das «**Double-instance-Prinzip**» nachträglich auch auf Haftprüfungsverfahren aus. Nach Art. 222 StPO kann die verhaftete Person Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der

⁴¹ Ausser es handle sich um Streitigkeiten betreffend Ausstand oder Zuständigkeit, Art. 92.

⁴² Vgl. auch N ■.

⁴³ Zu Haftentscheiden im Jugendstrafrecht: BGE 133 IV 267 E. 3.

⁴⁴ BGE 133 I 270 E. 3.5.

Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten.⁴⁵ Nur Haftentscheide der Beschwerdeinstanz gelten damit als letztinstanzlich i.S.v. Art. 80 Abs. 1.

- Das Bundesgericht bezieht das Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht nur auf die Strafsache als Ganzes, sondern auch auf **einzelne (Verfassungs-)Rügen**. Ein Beschwerdeführer, der im kantonalen Berufungsverfahren die Kosten- und Entschädigungsregelung der ersten Instanz nicht gerügt hat, soll diese Rüge mangels Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs grundsätzlich nicht erstmals vor Bundesgericht vorbringen können.⁴⁶ Hingegen muss das Bundesgericht auf eine entsprechende Verfassungsrüge eintreten, wenn die kantonale Instanz über eine volle Kognition verfügte, das Recht von Amtes wegen zu prüfen hatte und die späte Geltendmachung nicht gegen Treu und Glauben verstösst.⁴⁷ Volle Überprüfungsbefugnis hat das kantonale Gericht etwa in Berufungsverfahren betreffend Verbrechen und Vergehen (Art. 398 StPO)⁴⁸ sowie in Beschwerdeverfahren (Art. 393 Abs. 2 StPO).
- Aufgrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV; Art. 80 Abs. 2) ist das Verwaltungsgericht und nicht die Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich die letzte kantonale Rechtsmittelinstanz in **Straf- und Massnahmevollzugsstreitigkeiten**.⁴⁹
- Das Bundesgericht hielt fest, dass die Staatsanwaltschaft, deren Anschlussberufung durch das Nichteintreten auf die Hauptberufung dahingefallen war (Art. 401 Abs. 3 StPO), mangels Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht zur Beschwerde in Strafsachen gegen den Nichteintretensentscheid legitimiert war.⁵⁰
- Das kantonale Zwangsmassnahmengericht Basel-Landschaft hat einen Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung der Untersuchungshaft gegen X. für die Dauer von drei Monaten nur teilweise im Umfang von vier Wochen gutgeheissen und einen Verfahrensfehler

⁴⁵ Art. 222 StPO in der Fassung gemäss Anhang Ziff. II 7 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19.3.2010, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 3267), dazu Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8184; vgl. noch Art. 221 E-StPO, BBl 2006 1389, 1454; dazu Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1312.

⁴⁶ BGE 135 I 91, E. 2.

⁴⁷ BGE 142 I 155 E. 4.4; BGer, II. ZA, 10.8.2017, 5A_455/2017, E. 6.2.

⁴⁸ Aufschlussreich zur Frage, ob in Berufungsverfahren überhaupt das erstinstanzliche Urteil Gegenstand einer (allenfalls umfassenden) Überprüfung sein sollte, oder ob das Berufungsgericht eine eigene „second opinion“ abgeben sollte, die Antrittsvorlesung von G. GODENZI, Second opinion? Die Aufgabe des Berufungsgerichts im Strafprozess, auf: <https://tube.switch.ch/videos/111d1afa> (Datum: []).

⁴⁹ BGE 135 I 6 E. 2.

⁵⁰ BGer, StA, 7.2.2011, 6B_643/2010, E. 2.

der Staatsanwaltschaft festgestellt. Die Staatsanwaltschaft habe das Verfahren gemäss Art. 224 StPO nicht eingehalten, weshalb X. die Freiheit nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen worden sei. Diesen Entscheid hätte die Staatsanwaltschaft zunächst bei der kantonalen Beschwerdeinstanz anfechten müssen. Die direkte Beschwerde in Strafsachen ist mangels Erschöpfung des Instanzenzugs unzulässig, weshalb das Bundesgericht einen Nichteintretesentscheid gefällt hat.⁵¹

- Das Zwangsmassnahmengericht entscheidet als einzige kantonale Instanz über Entsiegelungsgesuche der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO). In „sehr komplexen und schwierigen“ respektive „ausserordentlich umfangreichen bzw. komplexen Fällen“ behält sich das Bundesgericht vor, dass vor der Beschwerde in Strafsachen die Beschwerde gemäss StPO zu erheben ist.⁵²
- Gegen den Nichtgenehmigungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts betreffend geheime Überwachungsmassnahmen (Art. 274 StPO) ist keine Beschwerde an ein oberes kantonales Gericht möglich, weshalb die Staatsanwaltschaft Beschwerde in Strafsachen erheben kann. Das Bundesgericht geht bei Nichtbewilligungsentscheiden insbesondere dann von einem Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft aus, wenn bei schweren zu untersuchenden Delikten ein erheblicher Beweisverlust droht.⁵³ Dieser Entscheid wirft einmal mehr die Frage auf, ob die Einräumung staatsanwaltschaftlicher Beschwerderechte nicht unnötig die Stellung der Zwangsmassnahmengerichte schwächt, welche gerade mit dem Zweck geschaffen wurden, die starke Stellung der Staatsanwaltschaft im Verfahren zu kompensieren.⁵⁴
- Haftentlassungsentscheide durch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts (Art. 233 StPO) als einzige kantonale Instanz können mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden.⁵⁵
- Verfahrensleitende Entscheide der erstinstanzlichen Gerichte, welche einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben, sind zunächst bei der Beschwerdeinstanz gemäss

⁵¹ BGer, I. ÖRA, 26.6.2012, 1B_218/2012, E. 2.2.

⁵² BGer, I. ÖRA, 21.3.2012, 1B_595/2011, E. 2 und 5; I. ÖRA, 2.2.2012, 1B_492/2011, E. 1.

⁵³ BGE 137 IV 340 E. 2.2; BGer, I. ÖRA, 2.5.2012, 1B_211/2012, E. 1.2.

⁵⁴ Vgl. dazu M. THOMMEN/P. GOLDSCHMID, Nr. 29 Tribunal fédéral, 1^{er} Cour de droit public, arrêt du 17 février 2011 dans la cause ministère public central du canton de Vaud contre A. – 1B_64/2011, forumpenale 3/2011, 142 ff., 144 ff.

⁵⁵ BGE 139 IV 175 E. 1.4; BGer, I. ÖRA, 13.10.2011, 1B_524/2011, E. 2.

StPO anzufechten, bevor der Beschwerdeentscheid an das Bundesgericht weitergezogen werden kann (N ■). Dieser Nachteil muss rechtlicher Natur sein und auch durch einen Endentscheid nachträglich nicht mehr behoben werden können.⁵⁶ Dies ist z.B. zu bejahen bei der Weigerung, die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren und einen amtlichen Rechtsverteidiger zu bezeichnen,⁵⁷ oder bei Ausschluss der Privatklägerschaft vor oder während der Hauptverhandlung.⁵⁸ Ausgeschlossen bleiben demgegenüber sowohl die Beschwerde gemäss StPO als auch die Beschwerde in Strafsachen mangels eines solchen Nachteils z.B. bei Entscheiden betreffend die Nichtentfernung von Dokumenten aus den Akten⁵⁹ oder über die Verfahrenssprache.⁶⁰

2. Bundesstrafgericht als Vorinstanz^{header=skip}

6 ^{header2="6, 6a"}Das Bundesstrafgericht in Bellinzona amtet als gerichtliches Organ der Bundesstrafrechtspflege. Früher war das Bundesstrafgericht eine besondere Abteilung des Bundesgerichts in Lausanne.⁶¹ Dieses stellte auch die Anklagekammer und als «Appellationsinstanz» den Ausserordentlichen Kassationshof. Mit dem Bundesgesetz vom 4.10.2002 über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG) wurde ein eigenständiges erstinstanzliches Strafgericht des Bundes mit Sitz in Bellinzona geschaffen.⁶² Das Bundesstrafgericht nahm am 1.4.2004 seine Arbeit auf.⁶³ Unterdessen wurde das Strafgerichtsgesetz bereits wieder abgelöst durch das Bundesgesetz vom 19.3.2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (**Strafbehördenorganisationsgesetz**, StBOG).⁶⁴

⁵⁶ Statt vieler z.B. BGE 139 IV 113 E. 1.

⁵⁷ BGE 133 IV 335, E. 4, Pra 2008, Nr. 97, ■Seitenzahl■.

⁵⁸ BGE 138 IV 193 E. 4, Pra 2013 Nr. 9, ■Seitenzahl■; vgl. zum Ganzen auch BSK StPO²-GUIDON, Art. 393 N 13 mit einer detaillierten Auflistung und w.Hinw.

⁵⁹ BGer, I. ÖRA, 9.1.2013, 1B_678/2012, E. 2 f.

⁶⁰ BGer, I. ÖRA, 16.4.2009, 1B_75/2009, E. 2; vgl. auch BSK StPO²-GUIDON, Art. 393 N 13 mit einer detaillierten Auflistung und w.Hinw.

⁶¹ Bekannt ist etwa das Urteil des BStG vom 24.2.1989 i.S. Ministère public de la Confédération c. Hussein Ali Mohamad Hariri (BGE 115 IV 8).

⁶² Art. 191a BV; Botschaft 20014247 und 4254 ff.; Art. 4 SGG/2010.

⁶³ Tätigkeitsbericht BStGer 2004, 7 f.

⁶⁴ Art. 77 StBOG i.V.m. Anhang I 1, AS 2010 3267, 3289.

Das Bundesstrafgericht verfügt nach heute geltendem Recht über je eine Straf- und eine Beschwerdekammer (Art. 33 StBOG).⁶⁵ Wie einleitend ausgeführt wird mit der Änderung des StBOG vom 17.3.2017 zudem eine eigenständige Berufungskammer geschaffen (Art. 33 lit. c und 38a ff. nStBOG; vgl. hierzu auch N ■).⁶⁶

[header2="6, 6a"](#)Nach Art. 80 Abs. 1 ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide der 6a Beschwerdekammer und der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts. In dieser absoluten Formulierung ist die Bestimmung trügerisch. Es ist zu unterscheiden zwischen den grundsätzlich (noch) mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbaren Entscheiden der Strafkammer einerseits (N ■) und den grundsätzlich *nicht* anfechtbaren Entscheiden der Beschwerdekammer (N ■) andererseits. Zudem gilt es die Anfechtbarkeit der Entscheide der nach neuem Recht vorgesehenen Berufungskammer näher zu betrachten (N ■). Ganz allgemein gilt auch für die Anfechtbarkeit bundesstrafgerichtlicher Entscheide, dass die Regelung ausserordentlich komplex und selbst für Insider nur noch schwer nachvollziehbar ist. Das Ziel der Justizreform, die Rechtswege zu vereinfachen,⁶⁷ wurde hier längst aus den Augen verloren.

a) **Strafkammer**[header=skip](#)

[header2="7 – 8"](#)Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts hat im Wesentlichen 7 die Aufgaben des ehemaligen Bundesstrafgerichts in Lausanne übernommen. Sie beurteilt in erster Instanz Straffälle in **Bundeszuständigkeit**, die nicht an die Kantone delegiert wurden (Art. 35 Abs. 1 StBOG) sowie vom Bundesrat überwiesene **Verwaltungsstrafsachen** (Art. 35 Abs. 2 StBOG).⁶⁸ Bei der Anfechtbarkeit von Entscheiden der Strafkammer gilt es zwischen Urteilen, Verfahrenshandlungen und verfahrensleitenden Entscheiden zu unterscheiden:

Die **Urteile** der Strafkammer sind letztinstanzliche Entscheide. Eine Berufung gibt es im 7a Bundesstrafverfahren (noch) nicht.⁶⁹ Strafkammerurteile können deshalb nur mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht als erste Rechtsmittelinstanz weitergezogen werden. Als das Bundesstrafgericht noch in Lausanne tagte, unterlagen die Strafurteile der Beschwerde an den

⁶⁵ Die Trennung von Beschwerde- und Strafkammer geht zurück auf BGE 112 Ia 290; 114 Ia 57.

⁶⁶ BBl 2017 2429 ff.

⁶⁷ Botschaft BBl 2001 4202 ff., 4208.

⁶⁸ Ehemals Art. 26 SGG; BGE 132 IV 89 E. 1; zu den Verwaltungsstrafsachen vgl. Art. 78 N 12.

⁶⁹ Noch befürwortend: Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1126 und 1382; dann ablehnend: Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8144 ff.; im Detail hinten N 16 ff.

ebenfalls in Lausanne tagenden ausserordentlichen Kassationshof.⁷⁰ Beide Rechtsmittel sind deutlich weniger umfassend als eine Berufung. Dies wurde zu Recht kritisiert,⁷¹ weil damit das «Double-instance-Prinzip» für bundesstrafgerichtliche Verurteilungen nicht umgesetzt wurde. Die Urteile der Strafkammer werden deshalb nach neuem Recht, welches per 1.1.2019 in Kraft tritt,⁷² der «hausinternen» Berufung an die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts unterliegen (Art. 38a nStBOG). Erst deren Berufungsurteil unterliegt der Beschwerde in Strafsachen (Art. 80 Abs. 1 nBGG; vgl. dazu auch N ■ und N ■).

- 8 – [header2="7 – 8"](#)**Verfügungen, Beschlüsse und Verfahrenshandlungen** der Strafkammer können nicht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden. Sie unterliegen der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz.⁷³ Im Bundesstrafverfahren amtiert die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts als Beschwerdeinstanz.⁷⁴ Der Weiterzug erfolgt also auch hier «hausintern».⁷⁵ Entscheide der Beschwerdekammer über Verfügungen, Beschlüsse und Verfahrenshandlungen können mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden, sofern sie Zwangsmassnahmen betreffen (Art. 79). Künftig soll dies auch für Beschwerdekammerentscheide zu Verfahrenseinstellungen gelten.⁷⁶
- Betreffend die Anfechtung von **verfahrensleitenden Entscheiden** der Strafkammer kann weitgehend auf die entsprechenden Ausführungen der kantonalen Gerichte verwiesen werden (vgl. dazu N ■): Sofern sie keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, unterliegen die verfahrensleitenden Entscheide der Strafkammer grundsätzlich weder der Beschwerde an die Beschwerdekammer (Art. 393 Abs. 1 lit. b sowie Art. 65 Abs. 1 StPO)

⁷⁰ Art. 12 Abs. 2 aOG und Art. 1 Abs. 1 Ziff. 6 aBStP (beide in der Version vor dem Inkrafttreten des Strafgerichtsgesetzes vom 4.10.2002); vgl. etwa Ausserordentlicher KassH, Verfügung vom 5.11.2003, 10Y.1/2003, E. 2.

⁷¹ GARRÉ, I principi, 35 ff.; s.a. SCHMID, ZStrR 2006, 171 und KISS, AJP 2003, 151.

⁷² Medienmitteilung des Bundesrats «Schaffung einer Berufungskammer am Bundesstrafgericht» vom 25.10.2017.

⁷³ Art. 20 Abs. 1 lit. a und Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO; vgl. z.B. Beschwerdekammer BStGer, 8.6.2017, BB.2017.7, E. 1.1 betr. **Festlegung der Umwandlungsstrafe bei Nichtbezahlung der Busse** gemäss Art. 10 VStrR; 30.12.2013, BB.2013.185, E. 1.1 betr. **Anfechtung der Auslagenentschädigung durch den Verteidiger**; 17.12.2013, **17.12.2013**, BB.2013.181 betr. **Wiederherstellung einer Frist**.

⁷⁴ Art. 20 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 37 Abs. 1 StBOG.

⁷⁵ Kritisch auch die Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8165.

⁷⁶ Vgl. Art. 79 Abs. 1 lit. b VE 2015 („Die Beschwerde ist unzulässig gegen [...] Entscheide der Beschwerdekammern des Bundesstrafgerichts, die weder Zwangsmassnahmen noch eine Einstellungsverfügung betreffen“).

noch der direkten Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 80 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 1 lit. a). Sie müssen mit dem Endentscheid angefochten werden. Sofern sie jedoch einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, können sie nach der Praxis zunächst mit Beschwerde an die Beschwerdekammer und – bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen – sodann auch mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden.⁷⁷ Letzteres ist – im Gegensatz zum kantonalen Verfahren – insbesondere nur dann möglich, wenn es sich um einen Entscheid über Zwangsmassnahmen handelt. Gegen sämtliche weiteren Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ist die Beschwerde in Strafsachen unzulässig (Art. 79). Aus der Unzulässigkeit der Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 79 ergibt sich noch ein weiterer Unterschied zum kantonalen Instanzenzug: Im kantonalen Verfahren kann gegen Vor- und Zwischenentscheide über *Ausstandsbegehren* direkt Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht erhoben werden (Art. 92; N ■). Über Ausstandsgesuche gegen Mitglieder des Bundesstrafgerichts entscheidet die Beschwerdekammer demgegenüber endgültig; ein Weiterzug an das Bundesgericht ist aufgrund von Art. 79 ausgeschlossen, da es sich bei Ausstandsstreitigkeiten nicht um Zwangsmassnahmen handelt.⁷⁸

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass Entscheide der Strafkammer des 8a Bundesstrafgerichts derzeit noch direkt mit Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht angefochten werden müssen. Die anfechtbaren Verfahrenshandlungen und verfahrensleitenden Entscheide sind demgegenüber zunächst an die „hausinterne“ Beschwerdekammer weiterzuziehen. Mit der Schaffung einer eigenständigen Berufungskammer per 1.1.2019 findet das «Double-instance-Prinzip» auch in den Bundesstrafprozess Einzug, weshalb Entscheide der Strafkammer inskünftig vorgängig bei der Beschwerde- oder der Berufungskammer anzufechten sind.

b) Beschwerdekammer

Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts in Bellinzona trat an die Stelle der ehemaligen 9 Anklagekammer des Bundesgerichts in Lausanne. Nicht übernommen von der Anklagekammer hat die Beschwerdekammer die Aufgabe der Anklagezulassung. Diese ist heute nicht mehr

⁷⁷ Strafkammer BStGer, 22.9.2015, BB.2015.86, E. 1 ff.; Beschwerdekammer BStGer, 18.7.2017, BB.2017.54, E. 1; 2.5.2016, BB.2016.49, I.d.S, allerdings ein kant. Verfahren betreffend, BGE 140 IV 202 E. 2.1 („*A l'inverse, si la décision peut causer un préjudice irréparable, elle est en principe attaquant par la voie du recours prévu par l'art. 393 CPP, puis par le recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral*“).

⁷⁸ BGer, I. ÖRA, 13.11.2014, 1B_355/2014.

notwendig.⁷⁹ Im Wesentlichen ist die Beschwerdekammer zuständig für diejenigen Entscheide, welche die Strafprozessordnung der **Beschwerdeinstanz** zuweist (Art. 37 Abs. 1 StBOG). Nach Art. 20 Abs. 1 StPO beurteilt die Beschwerdeinstanz Verfahrenshandlungen und Entscheide der erstinstanzlichen Gerichte, der Polizei, der Staatsanwaltschaft, der Übertretungsstrafbehörden sowie des Zwangsmassnahmengerichts. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts beurteilt also beispielsweise Beschwerden gegen Haftentscheide der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte in bundesstrafgerichtlichen Angelegenheiten.⁸⁰ Ferner unterliegen etwa Beschlagnahmen durch die Bundesanwaltschaft der Beschwerde an das Bundesstrafgericht in seiner Funktion als Beschwerdeinstanz.⁸¹ [header=skip](#)

- 9a [header2="9a - 10"](#)Die Beschwerdekammer trifft weiter die Entscheide, für welche die Strafprozessordnung das Bundesstrafgericht als zuständig bezeichnet (Art. 37 Abs. 1 StBOG). Dazu gehören etwa die **Zuständigkeitsstreitigkeiten** zwischen den Kantonen untereinander (Art. 40 Abs. 2 StPO) und mit dem Bund (Art. 28 StPO), die Konflikte über die **innerstaatliche** Rechtshilfe (Art. 48 Abs. 2 StPO) sowie Beschwerden der amtlichen Verteidigung gegen den Entschädigungsentscheid der Beschwerdeinstanz oder des Berufungsgerichts (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO).
- 9b Schliesslich obliegen der Beschwerdekammer gemäss Art. 37 Abs. 2 StBOG auch noch die Entscheide über Beschwerden in Angelegenheiten der **internationalen Rechtshilfe** in Strafsachen (lit. a), **verwaltungsstrafrechtliche** Beschwerden (lit. b), **arbeitsrechtliche** Streitigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts (lit. c) sowie nebst spezialgesetzlichen «**Anständen**» (lit. e–f) die **Zuständigkeitskonflikte** sowohl der militärischen und der zivilen Strafgerichtsbarkeit (lit. d) als auch nach dem Bundesgesetz vom 8.6.1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (lit. g).⁸²

10

⁷⁹ Ehemals Art. 128–134 BStP (vgl. Anhang Ziff. 9 des Strafgerichtsgesetzes vom 4.10.2002). Begründet wurde die Streichung der Anklagezulassung mit der Umständlichkeit des zweistufigen Verfahrens. Zudem stelle der Entscheid der Anklagekammer über die Anklagezulassung eine Art «Vor-Urteil» dar (Botschaft 2001 4255); zum Ganzen BGE 133 IV 93.

⁸⁰ Art. 65 Abs. 1 und 3 StBOG; dazu Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8173 f.

⁸¹ Art. 20 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 7 StBOG; allg. zu Beschwerden gegen Beschlagnahmen SCHMID, Handbuch², Rz. 1118.

⁸² Zum Ganzen: Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8163 ff.

[header2="9a - 10"](#)Entscheide der Beschwerdekammer sind in der Regel nicht anfechtbar (Art. 79).⁸³ Dies gilt insbesondere für Gerichtsstandsstreitigkeiten und die innerstaatliche Rechtshilfe.⁸⁴ Der Grundsatz kennt indes wichtige **Ausnahmen**:

- Gegen Entscheide der Beschwerdekammer auf dem Gebiet der **internationalen Rechtshilfe** in Strafsachen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn es nach Massgabe von Art. 84 in einem «besonders bedeutenden Fall» um eine Auslieferung, eine Beschlagnahme, eine Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten oder eine Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich geht.⁸⁵
- Entscheide der Beschwerdekammer sind mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar, soweit sie strafprozessuale und verwaltungsstrafrechtliche **Zwangsmassnahmen** betreffen.⁸⁶ Zu beachten ist, dass sich das Zwangsmassnahmeverfahren mit der neuen Strafprozessordnung fundamental geändert hat. Vier Konstellationen sind zu unterscheiden. Erstens entscheidet die Beschwerdekammer als Beschwerdeinstanz über Zwangsmassnahmen, welche die Strafkammer als erstinstanzliches Gericht anordnet.⁸⁷ Der Beschwerdeweg verläuft hier also zunächst «hausintern» von der Strafkammer in Bellinzona zur Beschwerdekammer am selben Gericht und danach mit strafrechtlicher Beschwerde nach Lausanne.⁸⁸ Zweitens entscheidet die Beschwerdekammer als Beschwerdeinstanz über «Verfahrenshandlungen» der Polizei⁸⁹

⁸³ Grundlegend Art. 79 N 25 ff. ■; BGE 143 IV 85 E. 1.2; 133 IV 278 E. 1.2, Pra 2008, Nr. 69, ■Seitenzahl■; BGer, StA, 20.3.2007, 6C_1/2007, E. 2.2; I. ÖRA, 16.5.2006, 1S.4/2006, E. 1; Kiss, AJP 2003, 151; Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 79 N 1 ff. und Art. 80 N 18.

⁸⁴ Zum bisherigen Regime vgl. BSK StGB³-NAY/THOMMEN, Art. 345 N 1 und Art. 361 N 1.

⁸⁵ BGE 142 IV 250 E. 1.3; 133 IV 125 E. 1; zum Ganzen eingehend Art. 84 N 1 ff.

⁸⁶ Art. 79 BGG und Art. 26 Abs. 1 VStR; zu den anfechtbaren Zwangsmassnahmen bisher vgl. BGE 136 IV 92 E. 2.1; 131 I 52 E. 1.2.2; 133 IV 278 E. 1.2.2; BGer, I. ÖRA, 16.5.2006, 1S.4/2006, E. 1; zum Ganzen vgl. Art. 79 N 1 ff.

⁸⁷ Art. 37 Abs. 1 StBOG; Art. 20 Abs. 1 lit. a und Art. 198 Abs. 1 lit. b StPO; z.B. betreffen Entsiegelungsentscheide der Beschwerdekammer Zwangsmassnahmen und sind mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar (BGer, I. ÖRA, 8.5.2013, 1B_637/2012, E. 1.3); den Beschluss der Beschwerdekammer über die Frage, ob ein Urteil der Strafkammer und damit auch die im Dispositiv angeordnete Freigabe von beschlagnahmten Vermögenswerten in Rechtskraft erwachsen ist, hat das BGer nicht als Entscheid über Zwangsmassnahmen qualifiziert. Die Beschwerde war aufgrund von Art. 79 unzulässig (BGer, StA, 5.9.2013, 6B_620/2013, E. 2).

⁸⁸ Kritisch auch die Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8165.

⁸⁹ Art. 20 Abs. 1 lit. b. StPO i.V.m. Art. 4, Art. 5 und Art. 37 Abs. 1 StBOG.

und der Bundesanwaltschaft⁹⁰. [header2="10"](#)Soweit es bei diesen Verfahrenshandlungen um Zwangsmassnahmen (z.B. von der Bundesanwaltschaft angeordnete Beschlagnahmen) geht, kann der Entscheid der Beschwerdekammer nach Art. 79 von Bellinzona nach Lausanne weitergezogen werden.⁹¹ Soweit die Verfahrenshandlungen jedoch Einstellungen und Nichtanhandnahmen betreffen, besteht diese Weiterzugsmöglichkeit bisher noch nicht.⁹² Drittens gibt es eine Reihe von Zwangsmassnahmen, die vom Zwangsmassnahmengericht angeordnet werden.⁹³ Im Bundesstrafverfahren werden diese Zwangsmassnahmen vom kantonalen Zwangsmassnahmengericht am Sitz der Bundesanwaltschaft (Bern) oder ihrer Zweigstellen (Lausanne/Lugano/Zürich) angeordnet.⁹⁴ Soweit die Strafprozessordnung diese Zwangsmassnahmengerichtsentscheide explizit für anfechtbar erklärt, amtiert die Beschwerdekammer als Beschwerdeinstanz.⁹⁵ Der Rechtsweg verläuft in diesen Fällen von Bern/Lausanne/Lugano/Zürich über Bellinzona nach Lausanne. Viertens: Soweit die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte *endgültig* über die Anordnung oder Genehmigung von Zwangsmassnahmen im Bundesstrafverfahren entscheiden, ist ein Weiterzug an die

⁹⁰ Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO i.V.m. Art. 7 und Art. 37 Abs. 1 StBOG.

⁹¹ BGer, 1. ÖRA, 9.10.2017, 1B_333/2017, E. 1 und BGE 136 IV 92 E. 2.1, Pra 2011, Nr. 11, ■Seitenzahl■, betr. **Beschlagnahme**; BGer, 1. ÖRA, 16.8.2017, 1B_271/2017, E. 1 betr. **Untersuchungshaft**; zu den der Beschwerde unterliegenden Zwangsmassnahmen vgl. auch Art. 79 BGG N 1 ff. sowie ZK-KELLER, Art. 393 StPO N 15.

⁹² Vgl. etwa BGer, I. ÖRA, 2.4.2012, 1B_505/2011, E. 2 (betr. eine Verfahrenseinstellung der Bundesanwaltschaft); zum Ganzen hinten N ■).

⁹³ Z.B. **Haft** (Art. 18 Abs. 1 und Art. 225 ff. StPO); stationäre **Begutachtung** (Art. 186 Abs. 2 StPO), **Entsiegelungsgesuche** der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO); **DNA-Massenuntersuchungen** (Art. 256 StPO); Beschlagnahme von Aufzeichnungen aussage- und **zeugnisverweigerungsberechtigter** Personen (Art. 264 Abs. 3 StPO); Überwachung des **Post- und Fernmeldeverkehrs** (Art. 272 StPO); Einsatz **technischer Überwachungsgeräte** (Art. 281 StPO) etc. Weitere Beispiele bei ZK-KELLER, Art. 18 StPO N 3.

⁹⁴ Art. 18 Abs. 1 StPO; Art. 65 Abs. 1 und 2 StBOG.

⁹⁵ Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO; Art. 65 Abs. 3 StBOG. Weiterziehbar sind etwa **Haftentscheide** des Zwangsmassnahmengerichts (Art. 222 StPO). Das Gleiche gilt für (nachträgliche) Beschwerden gegen **Telefonüberwachungen** (Art. 279 Abs. 3 StPO; zur bisheriger Rechtslage: BGE 133 IV 182 E. 4.4), gegen Überwachungen von **Bankbeziehungen** (Art. 285 Abs. 4 StPO) und mit **technischen Überwachungsgeräten** (Art. 281 Abs. 4 StPO) sowie gegen **verdeckte Ermittlungen** (Art. 298 Abs. 3 StPO).

Beschwerdekammer in Bellinzona ausgeschlossen.⁹⁶ Diese Entscheide der Zwangsmassnahmengerichte in Bern/Lausanne/Lugano/Zürich können heute noch direkt an das Bundesgericht in Lausanne weitergezogen werden.⁹⁷ Diese direkte Anfechtbarkeit wird zu Recht als nicht stufen- und sachgerecht kritisiert. Sie soll de lege ferenda verschwinden, indem Art. 80 Abs. 2 Satz 3 gestrichen und entsprechende Beschwerdemöglichkeiten in der Strafprozessordnung geschaffen werden.⁹⁸

- Derzeit noch *nicht* weitergezogen werden können Entscheide der Beschwerdekammer über **Verfahrenseinstellungen** und **Nichtanhandnahmeverfügungen** der Bundesanwaltschaft.⁹⁹ Hierfür fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage in Art. 79, welcher nur Zwangsmassnahmenentscheide der Beschwerdekammer für anfechtbar erklärt. Dass Einstellungen und Nichtanhandnahmen der Bundesanwaltschaft nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden können, kantonale hingegen schon (vgl. dazu N ■), lässt sich sachlich nicht begründen. Dies hat unterdessen auch der Gesetzgeber erkannt. In Art. 79 Abs. 1 lit. b VE 2015 wird deshalb vorgeschlagen, dass nicht nur Beschwerdekammerentscheide betreffend Zwangsmassnahmen, sondern auch solche, die Einstellungen betreffen, der Beschwerde in Strafsachen unterliegen sollen. Auch hier sollte der Gesetzgeber noch klarstellen, dass diese Anfechtbarkeit auch für Nichtanhandnahmeverfügungen gilt.

c) Berufungskammer [header=skip](#)

[header2="10a, 10b"](#) Mit der Änderung des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 17.3.2017, 10a welche per 1.1.2019 in Kraft tritt, wurde eine eigenständige Berufungskammer am Bundesstrafgericht geschaffen (Art. 33 lit. c nStBOG).¹⁰⁰ Damit wurde nach über 15 Jahren Debatte das Manko behoben, dass **erstinstanzliche Urteile** des Bundesstrafgerichts im Gegensatz zu erstinstanzlichen kantonalen Strafurteilen keiner Berufung zugänglich waren (vgl. auch N ■ und ■). Die Berufungskammer entscheidet einerseits über Berufungen (Art. 38a

⁹⁶ Art. 18 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO; endgültig entscheidet das Zwangsmassnahmengericht über die stationäre **Begutachtung** (Art. 186 Abs. 2 StPO), **Entsiegelungsgesuche** der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO) und **DNA-Massenuntersuchungen** (Art. 256 i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO).

⁹⁷ BGE 142 IV 207; BGer, I. ÖRA, 20.9.2016, 1B_85/2016.

⁹⁸ Bericht VE-BGG, 13 und 18.

⁹⁹ Vgl. etwa BGer, I. ÖRA, 2.4.2012, 1B_505/2011, E. 2 (betr. eine Verfahrenseinstellung der Bundesanwaltschaft).

¹⁰⁰ BBl 2017 2429 ff.

nStBOG). Dies ist wohl so zu verstehen, dass die Berufungskammer auf Berufung hin die Strafsache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend neu beurteilt. Die Urteile der Berufungskammer unterliegen der Beschwerde in Strafsachen (Art. 80 Abs. 1 nBGG).

10b [header2="10a, 10b"](#)Die Berufungskammer entscheidet andererseits über **Revisionsgesuche** (Art. 38a nStBOG), da nach der Strafprozessordnung hierfür das Berufungsgericht zuständig ist (Art. 21 Abs. 1 lit. b StPO). Sie beurteilt insbesondere Revisionsgesuche in Bezug auf Strafbefehle der Bundesanwaltschaft,¹⁰¹ aber auch betreffend erstinstanzliche Urteile der Strafkammer¹⁰² und – insofern wohl am heikelsten¹⁰³ – in Bezug auf ihre eigenen Berufungsurteile. Weist die Berufungskammer ein Revisionsgesuch ab, so kann dagegen Beschwerde in Strafsachen erhoben werden (Art. 80 Abs. 1 nBGG).¹⁰⁴ Heisst die Berufungskammer das Revisionsgesuch gut, ist dieser Zwischenentscheid nicht mit Beschwerde ans Bundesgericht anfechtbar (Art. 93).¹⁰⁵

d) **Kasuistik**[header=skip](#)

10c – [header2="10c – 11"](#)In BGE 133 IV 278 wurde ein Nichteintretensentscheid der *Beschwerdekammer* über eine von der Bundesanwaltschaft nach der Verfahrenseinstellung verfügte **Einziehung** als beschwerdefähig erklärt, obwohl diese keine strafprozessuale Zwangsmassnahme nach Art. 79, sondern eine materiell-strafrechtliche Massnahme darstellt. Normalerweise entscheidet die *Strafkammer* des Bundesstrafgerichts im Rahmen des Urteils in der Sache über Einziehungen. Diese Entscheide können derzeit an das Bundesgericht weitergezogen werden (vgl. N 7[■]). Gemäss dem damals noch anwendbaren Art. 73 Abs. 2 BStP unterlagen Einziehungen in Einstellungsverfügungen der

¹⁰¹ Zusatzbotschaft 2016 6199 ff., 6206 ; vgl. dazu bisher BGE 141 IV 298 E. 1.5.

¹⁰² Art. 119a, welcher statuierte, dass das BGer Revisionen beurteilt gegen Entscheide der Strafkammern des BStGer, wurde aufgehoben (BBl 2017 2429 ff., 2431 („5a. Kapitel: [Art. 119J] Aufgehoben“).

¹⁰³ Vgl. auch BSK StPO²-HEER, Art. 410 N 15 („Das früher für den Fall zuständige Gericht als Revisionsinstanz zu bezeichnen, wäre unter dem Aspekt der Befangenheit des Gerichts problematisch, ist aber mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar. Die angesprochenen Bedenken hindern nicht, dass beim Fall eines Urteils des Berufungsgerichts wiederum dieses zu entscheiden hat. Hier besteht kein Devolutiveffekt.“).

¹⁰⁴ Vgl. SCHMID/ JOSITSCH, Kommentar², Art. 413 N 4.

¹⁰⁵ BSK StPO²-HEER, Art. 413 N 18; vgl. BGer, StA, 23.7.2015, 6B_544/2015, E. 1.3, wonach die Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. b im Strafverfahren kaum je zur Anwendung kommt.

Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts.¹⁰⁶ Gemäss Bundesgericht würden solche Einziehungsentscheide nicht dadurch unanfechtbar, dass sie ausnahmsweise von der Beschwerdekammer gefällt werden.¹⁰⁷

- **Nicht** mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar war demgegenüber eine von der 10d Bundesanwaltschaft in einem **selbstständigen Einziehungsverfahren** (Art. 376 ff. StPO) angeordnete Einziehung. Laut Bundesgericht entscheidet nach einer Einsprache gegen einen Einziehungsbefehl der Bundesanwaltschaft die Strafkammer des Bundesstrafgerichts als erste und die Beschwerdekammer als zweite Instanz. Da deshalb (im Gegensatz zu BGE 133 IV 278) *zwei* Gerichtsinstanzen im Rahmen eines selbstständigen Einziehungsverfahrens über die Einziehung befunden hatten, rechtfertigt es sich nicht, die Einziehung als materiell-strafrechtliche Massnahme entgegen Art. 79 als beschwerdefähig zu qualifizieren.¹⁰⁸ Gegen diesen Entscheid ist in formeller Hinsicht nichts einzuwenden. Das Grundproblem liegt jedoch darin, dass selbständige Einziehungsentscheide in Beschluss- resp. Verfügungsform ergehen (Art. 377 Abs. 4 StPO) und deshalb nur der Beschwerde nach Art. 393 StPO unterliegen, welche in casu durch die Beschwerdekammer zu beurteilen war. Richtigerweise handelt es sich bei einer selbstständigen Einziehung um einen materiell-rechtlichen Entscheid über eine strafrechtliche Sanktion, welche unter Geltung des neuen Rechts der Berufung und danach der Beschwerde in Strafsachen unterliegen sollte.

¹⁰⁶ Dies überzeugt wenig, zumal es sich nicht um eine Zwangsmassnahme, sondern einen materiellen Entscheid in der Sache handelt.

¹⁰⁷ BGE 133 IV 278 E. 1.

¹⁰⁸ BGE 143 IV 85.

III. Zweitinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 2)

1. «Double Instance» im kantonalen Verfahren (Abs. 2 Satz 1 und 2)

11 [header2="10c – 11"](#)Die Kantone setzen als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein. Diese entscheiden als Rechtsmittelinstanzen (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 und 2). Der Bund macht mit dieser Bestimmung von seiner Kompetenz Gebrauch, in die kantonale Gerichtsorganisation einzugreifen (Art. 123 Abs. 2 BV). Gleichzeitig konkretisiert er damit die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV für das kantonale Strafverfahren.¹⁰⁹ Für die Kantone ergeben sich somit aus Art. 80 Abs. 2 zwei Verpflichtungen: Erstens muss ihre letztinstanzliche Behörde ein **oberes Gericht** sein, und zweitens muss das obere Gericht als **Rechtsmittelinstanz** entscheiden. [header2="11"](#)Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weist eine kantonale richterliche Behörde dann die Merkmale eines oberen Gerichts auf, wenn *«gegen deren Entscheide kein ordentliches Rechtsmittel auf kantonaler Ebene erhoben werden kann und die hierarchisch keiner anderen kantonalen Gerichtsinstanz unterstellt ist»*.¹¹⁰ Keine richterliche Behörde ist beispielsweise die Staatsanwaltschaft.¹¹¹ Nicht mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar sind deshalb Entscheide der Staatsanwaltschaft, welche endgültig i.S.v. Art. 380 StPO sind,¹¹² so etwa der Entscheid über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens.¹¹³ Als

¹⁰⁹ BGE 135 I 6 E. 2.2.

¹¹⁰ BGE 136 II 470 E. 1.1, Pra 2011, Nr. 37, ■Seitenzahl■, m.w.Hinw.

¹¹¹ BGer, I. ÖRA, 15.10.2010, 1B_200/2010, E. 1

¹¹² M. LAGLER, Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität, in: Zürcher Studien zum Strafrecht Band/Nr. 88, Zürich 2016, 117 f. Gegen solche endgültigen Entscheide der Staatsanwaltschaft ist im Übrigen wohl auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen, da diese lediglich ergriffen werden kann, wenn der Anwendungsbereich der Beschwerde in Strafsachen mangels Vorliegens eines „Entscheidunges in Strafsachen“ ausgeschlossen ist; vgl. dazu V. LAUBE, Zu Tendenzen der schnellen Verfahrenserledigung, Das abgekürzte Verfahren gemäss Art. 358–362 der eidgenössischen Strafprozessordnung im Zuge des Beschleunigungsgebotes, in: Zürcher Studien zum Strafrecht Band/Nr. 85, Zürich 2016, 329 FN 958).

¹¹³ Gemäss Art. 359 Abs. 1 StPO entscheidet die Staatsanwaltschaft über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens endgültig und ohne Begründung. Dieses freie Ablehnungsrecht der Staatsanwaltschaft scheint insbesondere in jenen Fällen nicht gerechtfertigt, in welchen sämtliche Voraussetzungen für eine Verfahrensabkürzung (Antrag, Geständnis, Forderungsanerkennung) erfüllt sind, vgl. dazu THOMMEN, Kurzer Prozess – fairer Prozess, 178 ff., insb. 181 f.

Rechtsmittelinstanz muss das entscheidende Gericht dabei mindestens die gleiche Überprüfungsbefugnis haben wie das Bundesgericht, also eine volle Überprüfungsmöglichkeit in rechtlicher und eine beschränkte in tatsächlicher Hinsicht (Art. 111 Abs. 3).¹¹⁴ Liest man diese Bestimmung zusammen mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a und 191b BV) und der Rechtsmittelgarantie von Art. 32 Abs. 3 BV, dann ergibt sich für die Kantone ein Obligatorium der Doppelinanzlichkeit («**Double Instance**»)¹¹⁵. Die Rechtsweggarantie verpflichtet die Kantone nämlich, mindestens eine kantonale Gerichtsstanz mit voller Kognition hinsichtlich aller Tat- und Rechtsfragen einzurichten.¹¹⁶ Die Rechtsmittelgarantie von Art. 32 Abs. 3 BV¹¹⁷ und Art. 80 Abs. 2 verpflichtet die Kantone, in Strafsachen eine gerichtliche Rechtsmittelinstanz einzusetzen. Diese Vorgaben bedeuten jedoch nicht – wie man auf den ersten Blick meinen könnte –, dass die Kantone einen doppelten *gerichtlichen* Instanzenzug vorzusehen haben.¹¹⁸ Solange die kantonale Rechtsmittelinstanz sämtliche nach Art. 29a BV verlangten rechtlichen und tatsächlichen Überprüfungsbefugnisse hat, kann als erste Instanz auch eine Verwaltungsbehörde eingesetzt werden.¹¹⁹ Andererseits kann, wenn bereits erstinstanzlich ein kantonales Gericht tagte, die Rechtsmittelinstanz auch bloss eingeschränkt (i.S.v. Art. 111 Abs. 3) überprüfen.¹²⁰ Eine kantonale Bestimmung, die für die Anordnung der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft auf Art. 440 Abs. 3 StPO verweist ("Das Gericht entscheidet endgültig, ob die verurteilte Person bis zum Antritt der Strafe oder Massnahme in Haft bleibt") und damit vom

¹¹⁴ Vgl. BGE 141 II 50 E. 2.2; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 80 N 9.

¹¹⁵ Botschaft 2001 4316f. und 4350f.; zum Prinzip der «Double Instance» s. SGK³-KISS/KOLLER, Art. 188 BV (Justizreform) N 25 sowie J. FROWEIN/W. PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl etc. 1996, 858 ff. ■Neuaufgabe■

¹¹⁶ Hierzu SGK³-KISS/KOHLER, Art. 191b BV (Justizreform) N 5 ff.; vgl. BGE 143 III 193 E. 5.4; BGer, I. ÖRA, 5.1.2017, 1F_41/2016, E. 3.3.

¹¹⁷ BGE 128 I 237 E. 3; 133 I 12 E. 5.

¹¹⁸ BGer, StA, 23.5.2014, 6B_945/2013, E. 3.3.3; vgl. jedoch Art. 13 E-StPO (BBl 2006 1392), dazu Botschaft StPO BBl 2006 1134 ff.

¹¹⁹ BGE 135 I 6 E. 2.

¹²⁰ Zum Ganzen eingehend: KARLEN, BGG, 69 ff.; ferner SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 80 N 9.

Grundsatz der Doppelinanzlichkeit abweicht, ist unzulässig, da keine Ausnahme nach Art. 80 Abs. 2 Satz 3 vorliegt (dazu N ■).¹²¹

Mit der zwingenden Überprüfung durch Gerichte wurde eine Entlastung des Bundesgerichts angestrebt.¹²² Es darf bezweifelt werden, dass die Möglichkeit einer *gerichtlichen* Überprüfung innerhalb des Kantons mässigen Einfluss auf die Weiterzugsfreudigkeit der Parteien hat. Doch wird damit der Rechtsschutz ausgebaut und so eines der Justizreformziele verwirklicht. Die Vorinstanzenregelung von Art. 80 Abs. 2 zielte primär auf gewisse kantonale Strafprozessordnungen, in denen für Verurteilungen bei **Kapitalverbrechen** ordentliche Rechtsmittel¹²³ fehlten, weil diese erstinstanzlich bereits von oberen Gerichten beurteilt wurden.¹²⁴ Allerdings erfüllte auch der Bund diese Vorgaben lange nicht. Gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichts fehlte bisher ein ordentliches Rechtsmittel.¹²⁵ Die fehlende Doppelinanzlichkeit im Bundesstrafverfahren ist nunmehr jedoch behoben, nachdem das Parlament eine **Berufungskammer** am Bundesstrafgericht geschaffen hat (vgl. N ■ und ■).¹²⁶

12 *entfällt*

13 Mit Inkrafttreten der **schweizerischen Strafprozessordnung** wurde das Prinzip der Doppelinanzlichkeit im *kantonalen Strafverfahren* grundsätzlich umgesetzt.¹²⁷ Strafentscheide

¹²¹ BGer, I. ÖRA, 15.7.2015, 1B_186/2015: Die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft ermächtigt die Vollzugsbehörde, eine Person vor oder gleichzeitig mit der Einleitung eines nachträglichen richterlichen Verfahrens vorsorglich in Sicherheitshaft zu nehmen, um den nachträglichen richterlichen Entscheid sicherzustellen (E. 3.4.3). Sie ist weder in der Strafprozessordnung noch im Strafgesetzbuch verankert und steht in der Gesetzgebungskompetenz der Kantone, solange der Bund nicht gesetzgeberisch tätig wird (E. 3.4.2). Dabei haben sie jedoch das Erfordernis des zweistufigen kantonalen Rechtsmittelzuges zu wahren, da die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft ein rein kantonalrechtliches Institut und damit keine Ausnahme nach Art. 80 Abs. 2 Satz 3 ist („nach der Strafprozessordnung“; E. 4.2). Eine kantonale Bestimmung, welche für die Anordnung der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft auf Art. 440 Abs. 3 verweist („Das Gericht entscheidet endgültig“), ist damit unzulässig.

¹²² Botschaft 2001 4317.

¹²³ Zum Begriff des ordentlichen Rechtsmittels vgl. SCHMID, Strafprozessrecht, Rz. 955 ff.

¹²⁴ Vgl. etwa § 56 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 13.6.1976 (LS 211.1) in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung (nachfolgend: GVG/ZH-2010); vgl. auch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2520 ff.

¹²⁵ SCHMID, ZStrR 2006, 171; weiter KISS, AJP 2003, 151.

¹²⁶ BBl 2017 2429 ff.; AB 2010 N 2151 f.; AB 2014 S 1289 f.; AB 2015 N 652 ff.; AB 2016 S 1038; AB 2017 N 69 ff.; AB 2017 S 170; AB 2017 N 423; AB 2017 N 573; AB 2017 S 307.

¹²⁷ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1140; zur «Double Instance» im Bundesstrafverfahren vgl. ■ N 16 ff.

des erstinstanzlichen kantonalen Gerichts können mit Berufung (Art. 21 Abs. 1 lit. a StPO) oder Beschwerde (Art. 20 Abs. 1 lit. a StPO) an das obere kantonale Gericht weitergezogen werden.¹²⁸ Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts sind nur soweit gesetzlich vorgesehen an eine zweite kantonale (Beschwerde-)Instanz weiterziehbar (Art. 20 Abs. 1 lit. c und Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO). Dies gilt nach expliziter gesetzlicher Anordnung von Art. 222 StPO etwa für Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts, die mit Beschwerde anfechtbar sind.¹²⁹ Das Gleiche gilt für (nachträgliche) Beschwerden gegen Telefonüberwachungen (Art. 279 Abs. 3 StPO), gegen Überwachungen von Bankbeziehungen (Art. 285 Abs. 4 StPO), gegen Überwachungen mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 281 Abs. 4 StPO) sowie gegen verdeckte Ermittlungen (Art. 298 Abs. 3 StPO). Auch im Exequaturverfahren nach Art. 105 f. IRSG besteht ein zweistufiger kantonaler Instanzenzug.¹³⁰

2. Ausnahmen von «Double Instance» im kantonalen Verfahren (Abs. 2 Satz 3)

Vom Prinzip des doppelten kantonalen Instanzenzugs gibt es nach Art. 80 Abs. 2 Satz 3 zwei 14 Ausnahmen¹³¹ Erstens diejenigen Fälle, in denen nach der Strafprozessordnung ein Zwangsmassnahmengericht als einzige Instanz entscheidet (N ■). Zweitens die Fälle, in denen nach der Strafprozessordnung ein anderes Gericht als einzige kantonale Instanz entscheidet (N ■). Zusätzlich sieht die Rechtsprechung über den Wortlaut von Art. 80 Abs. 2 Satz 3 hinaus vereinzelt Ausnahmen vom Prinzip des doppelten Instanzenzugs vor (N ■). Mit der Bestimmung von Art. 80 Abs. 2 Satz 3 sollten gemäss Bundesrat die Ausnahmen vom «Double Instance»-Prinzip transparent gemacht werden.¹³² Allgemein ausgedrückt bedeutet die Ausnahmeregelung, dass letztinstanzliche kantonale Entscheide – bei Vorliegen der übrigen

¹²⁸ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER²-KELLER, Art. 20 N 8.

¹²⁹ Art. 222 StPO in der Fassung gemäss Anhang Ziff. II 7 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19.3.2010, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 3267), dazu Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8184; vgl. noch Art. 221 E-StPO, BBl 2006 1389, 1454; dazu Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1312. Eine direkte Beschwerde in Strafsachen ist mangels Erschöpfung des Instanzenzuges unzulässig, BGer, I. ÖRA, 26.6.2012, 1B_218/2012, E. 2.2.

¹³⁰ BGE 142 IV 170 E. 1.3.2; 136 IV 44 E. 1.4; BGer, I. ÖRA, 13.1.2014, 1B_467/2013, E. 3.3.

¹³¹ S. zur früheren Rechtslage noch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2518, der zu Recht darauf hinweist, dass das Double-Instance Prinzip vor Einfügung von Art. 80 Abs. 2 Satz 3, AS 2010 3294, ausnahmslos galt.

¹³² Botschaft StBOG BBl 2008 8125 ff., 8182.

Eintretensvoraussetzungen (Art. 78, 81, 90 ff.) – mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden können, selbst wenn sie nicht von einem *oberen* kantonalen Gericht oder nicht von einer als *Rechtsmittelinstanz* agierenden Behörde gefällt wurden. Über den Sinn dieser Ausnahmeregelung lässt sich streiten. Sie führt nämlich dazu, dass gewisse kantonal erst- und teilweise sogar unterinstanzliche Gerichtsentscheide direkt mit ordentlicher Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden können. Wie bereits erwähnt ist Art. 80 Abs. 2 Satz 3 de lege ferenda zur Streichung beantragt.¹³³ Während erstinstanzliche Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts künftig nicht mehr direkt ans Bundesgericht sollen weitergezogen werden können, sollen erstinstanzliche Entscheide der Beschwerdeinstanz anfechtbar bleiben, soweit sie Zwangsmassnahmen (z.B. Beschlagnahmen) und Einstellungen betreffen.¹³⁴ Das Gleiche muss u.E. auch für Entscheide der Beschwerdeinstanz über Nichtanhandnahmeverfügungen gelten. Der Entwurf sollte entsprechend ergänzt werden.¹³⁵

a) Zwangsmassnahmengericht^{header=skip}

14a ^{header2="14a, 14b"}Das *Zwangsmassnahmengericht* entscheidet etwa als einzige kantonale Instanz über Anonymitätzusicherungen an gefährdete Personen (Art. 150 Abs. 2 StPO), die stationäre Begutachtung (Art. 186 Abs. 2 StPO), Entsiegelungsgesuche der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO)¹³⁶, DNA-Massenuntersuchungen (Art. 256 StPO) und Genehmigungsgesuche betreffend geheime Überwachungsmassnahmen (Art. 274 StPO).¹³⁷ Die von dieser Ausnahmeregelung betroffenen Entscheide lassen sich in der Strafprozessordnung entweder daran erkennen, dass keine explizite Beschwerdemöglichkeit vorgesehen ist (z.B. die DNA-Massenuntersuchungen)¹³⁸ oder daran, dass sie ausdrücklich als «**endgültig**» bezeichnet werden (z.B. die genannten Anonymitätzusicherungen, stationären Begutachtungen und

¹³³ Vgl. Bericht VE-BGG, 13 und 18.

¹³⁴ Art. 79 Abs. 1 lit. c VE 2015.

¹³⁵ Vgl. dazu N ■.

¹³⁶ Das BGer behält sich bei "sehr komplexen und schwierigen" respektive "ausserordentlich umfangreichen bzw. komplexen Fällen" die Einhaltung des "Double Instance"-Prinzips vor. Dies hat zur Folge, dass vor der Beschwerde in Strafsachen die Beschwerde gemäss Strafprozessordnung zu erheben ist (BGer, I. ÖRA, 21.3.2012, 1B_595/2011, E. 2 und 5; I. ÖRA, 2.2.2012, 1B_492/2011, E. 1).

¹³⁷ BGE 137 IV 340 E. 2.2; BGer, I. ÖRA, 2.5.2012, 1B_211/2012, E. 1.2.

¹³⁸ Z.B. Art. 20 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 256 StPO (Anordnung DNA Massenuntersuchung).

Entsiegelungsgesuche).¹³⁹ Bezeichnet die Strafprozessordnung einen Entscheid als endgültig, so bedeutet dies nämlich nur, dass «*dagegen kein Rechtsmittel nach diesem Gesetz zulässig*» ist (Art. 380 StPO). Die Beschwerde in Strafsachen nach Bundesgerichtsgesetz bleibt bei im Übrigen erfüllten Voraussetzungen möglich.¹⁴⁰ Diese direkte Anfechtbarkeit von Zwangsmassnahmengerichtsentscheiden stellt – zumindest für diejenigen Kantone, bei denen das Zwangsmassnahmengericht auf bezirksgerichtlicher Stufe angesiedelt ist¹⁴¹ – eine Ausnahme zu Art. 80 Abs. 2 Satz 1 dar, wonach als letzte kantonale Instanzen *obere* Gerichte eingesetzt werden. Die direkte Anfechtbarkeit zwangsmassnahmengerichtlicher Entscheide wird ganz allgemein kritisiert und zu Recht als nicht stufen- und sachgerecht betrachtet. Sie soll deshalb de lege ferenda verschwinden, indem Art. 80 Abs. 2 Satz 3 gestrichen und entsprechende Beschwerdemöglichkeiten in der Strafprozessordnung geschaffen werden.¹⁴²

b) Anderes Gericht

[header2="14a, 14b"](#)Sodann gilt das «Double Instance»-Prinzip nicht, wenn ein *anderes Gericht* 14b als einzige kantonale Instanz entscheidet (Art. 80 Abs. 2 Satz 3). Dies trifft etwa zu auf Haftentlassungsentscheide durch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts (Art. 233 StPO),¹⁴³ ober- respektive kantonsgerichtliche Entsiegelungs- (Art. 248 Abs. 3 lit. b StPO) oder Begutachtungsentscheide (Art. 186 Abs. 3 StPO) oder Entscheide über ein Ausstandsbegehren (Art. 59 Abs. 1 StPO).¹⁴⁴ Praktisch wichtig sind auch die Entscheide der Beschwerdeinstanz über die Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft (Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO). Auch hier entscheidet die Beschwerdeinstanz als erste und einzige kantonale Instanz z.B. über Beschwerden gegen Beschlagnahmen durch die Staatsanwaltschaft (Art. 263 ff. StPO). In all diesen Fällen stellt die direkte Anfechtbarkeit eine Ausnahme zu Art. 80 Abs. 2 Satz 2 dar, wonach die Vorinstanz des Bundesgerichts als *Rechtsmittelinstanz* zu entscheiden hat.

¹³⁹ Art. 20 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 150 Abs. 2, Art. 186 Abs. 2; Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO.

¹⁴⁰ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1307; ebenso SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 80 N 7; BSK StPO²-ZIEGLER/KELLER, Art. 380 N 4.

¹⁴¹ Vgl. z.B. § 29 GOG/ZH; zur diesbezüglichen Organisationsfreiheit der Kantone BSK StPO²-Kipfer, Art. 18 N 3.

¹⁴² Bericht VE-BGG, 13 und 18.

¹⁴³ BGE 139 IV 175 E. 1.4; BGer, I. ÖRA, 13.10.2011, 1B_524/2011, E. 2.

¹⁴⁴ BGer, I. ÖRA, 18.5.2017, 1B_117/2017, E. 1.1.

c) Rechtsprechung

- 15 Über den Wortlaut von Art. 80 Abs. 2 Satz 3 hinaus gilt das «Double Instance»-Prinzip nicht bei selbständig eröffneten Zwischenentscheiden der **Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft** bzw. der zuständigen kantonalen Beschwerdeinstanz über die **innerkantonale Zuständigkeit** der Strafbehörden (Art. 40 Abs. 1 StPO). Selbst wenn der Entscheid nicht von einer richterlichen Vorinstanz gefällt wird, steht direkt die Beschwerde in Strafsachen offen.¹⁴⁵ Ebenso direkt mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar ist der Entscheid der **Staatsanwaltschaft** über das **Ausstandsgesuch** gegen einen Polizeibeamten (Art. 59 Abs. 1 lit. a StPO).¹⁴⁶

3. «Double Instance» im Bundesstrafverfahren

- 16 Art. 80 Abs. 2 richtet sich seinem Wortlaut nach nur an die Kantone. Nur die Kantone müssen als letzte Instanzen obere Gerichte einsetzen. Die schweizerische Strafprozessordnung hat das «Double Instance»-Prinzip für das *kantonale* Strafverfahren umgesetzt. Alle kantonalen Strafurteile unterliegen der Berufung und damit (abgesehen von Übertretungen) einer umfassenden Rechts- und Sachverhaltskontrolle (Art. 398 StPO). So wurden insbesondere die Verfahren derjenigen Kantone rechtsstaatlich aufgewertet, die bisher Kapital- und grössere Wirtschaftsverbrechen erstinstanzlich durch Obergerichte beurteilen liessen. Gerade in derart einschneidenden Fällen gab es keine Berufung. Dieses Manko wurde für das kantonale Strafverfahren behoben.
- 17 Im **Bundesstrafverfahren** gab es bisher keine Berufung gegen Urteile des Bundesstrafgerichts. Damit hatte der Bund das Prinzip der Doppelinstanzlichkeit („double instance“), welches er den Kantonen vorschrieb, selber nicht umgesetzt. Und dies ausgerechnet im Bereich der Bundesgerichtsbarkeit, welche zu einem grossen Teil schwere und schwerste Delinquenz betrifft (Art. 23 f. StPO). Zu Recht kritisierte Bundesstrafrichter R. GARRÉ, dass die fehlende Appellationsmöglichkeit das Rechtsgleichheitsgebot verletze. Gegenüber den Appellanten in kantonalen Strafverfahren würden die Verurteilten im Bundesstrafprozess somit zu Parteien zweiter Klasse.¹⁴⁷ Entsprechende Kritik übt auch D. JOSITSCH. Er hält zutreffend fest, dass nicht

¹⁴⁵ BGE 138 IV 214 E. 1.

¹⁴⁶ BGE 138 IV 222 E. 1.

¹⁴⁷ GARRÉ, I principi, 35 ff.; das zweite Gegenargument beruht auf einem persönlichen Hinweis von Bundesstrafrichter PD Dr. iur. R. Garré.

ersichtlich sei, weshalb allein die der Bundeskompetenz unterliegenden Strafverfahren nicht über zwei Instanzen mit voller Kognition verfügten, während die Kantone gezwungen seien, solche einzurichten.¹⁴⁸ Der Bund sollte deshalb für diese Straftaten dieselben rechtsstaatlichen Minima an Appellabilität vorsehen, welche er den Kantonen vorschreibt. Auch der **Gesetzgeber** hatte bald erkannt, dass hier mit ungleichen Ellen gemessen wurde. Bereits in der Botschaft zur Strafprozessordnung hatte der Bundesrat erwogen, für Urteile aus Bellinzona eine Berufung an das Bundesgericht vorzusehen,¹⁴⁹ diese Idee später aber wieder verworfen.¹⁵⁰ Insbesondere das Bundesgericht hatte sich – wohl hauptsächlich aus Kapazitätsüberlegungen – erfolgreich dafür eingesetzt, dass Urteile des Bundesstrafgerichts nur mit der in Bezug auf die Sachverhaltsüberprüfung beschränkten Beschwerde in Strafsachen anfechtbar blieben und dass keine Berufung nach Lausanne geschaffen wurde.¹⁵¹ Damit blieb vorübergehend die vom Bundesrat treffend als «Nulllösung»¹⁵² bezeichnete Regelung in Kraft, wonach Urteile des Bundesstrafgerichts nur mit der rügebesschränkten Beschwerde in Strafsachen weitergezogen werden konnten.

Damit war das Thema aber noch nicht vom Tisch. Mit seiner am 17.3.2010 eingereichten Motion 18 verlangte Ständerat C. Janiak, dass die Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes erweitert werde.¹⁵³ Art. 97 Abs. 2 sollte wie folgt ergänzt werden: «*Richtet sich die Beschwerde gegen [...] ein Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes, so kann jede unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden*». Eine entsprechende Anpassung sollte auch Art. 105 Abs. 3 erfahren: «*Richtet sich die Beschwerde [...] gegen ein Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes, so ist das Bundesgericht nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden*».¹⁵⁴ Mit diesem Vorschlag sollte als Minimallösung eine

¹⁴⁸ D. JOSITSCH, Zwischen Skylla und Charybdis, Jusletter vom 13.2.2017, Rz. 10

¹⁴⁹ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1382 und 1126 (mit missverständlichem Hinweis auf Botschaft 2001 4202, 4316).

¹⁵⁰ Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8144 ff.; vgl. Motion Janiak, 10.3138, wonach im Rahmen der Behandlung des Strafbehördenorganisationsgesetzes eine Minderheit im Nationalrat beantragt habe, „es sei eine Berufungsmöglichkeit gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes an das Bundesgericht vorzusehen“, was erst in der zweiten Differenzvereinbarung abgelehnt wurde.

¹⁵¹ Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, 15.

¹⁵² Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8145.

¹⁵³ Motion Janiak, 10.3138; vgl. auch AB 2010 N 2151 f.

¹⁵⁴ Motion Janiak, 10.3138.

Sachverhaltskontrolle durch das Bundesgericht ermöglicht werden, ohne auf Bundesebene eine zweite Instanz schaffen zu müssen. Die Motion verkörperte das damals politisch Machbare. Der Vorschlag war jedoch in verschiedener Hinsicht defizitär: Es hätten nach wie vor keine zwei Vorinstanzen («double instance») bestanden und das Bundesgericht wäre auch insofern keine vollwertige Rechtsmittelinstanz gewesen, als es wohl weiterhin keine eigenen Beweise erhoben hätte.¹⁵⁵ Bereits in der Voraufgabe¹⁵⁶ wurde deshalb prognostiziert, dass der Bundesgesetzgeber mittelfristig nicht darum herum kommen werde, für die schweren Verbrechen in Bundeszuständigkeit ein eigenständiges Berufungsgericht zu schaffen.[header=skip](#)

19 [header2=""](#) Am 4.9.2013 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Umsetzung der Motion Janiak.¹⁵⁷ Das Parlament wies diese jedoch zurück mit dem Auftrag, gesetzliche Grundlagen für die Schaffung einer eigenständigen Berufungskammer am Bundesstrafgericht zu erarbeiten. Damit wurde ein Vorschlag aufgenommen, den das Bundesgericht und das Bundesstrafgericht gemacht hatten.¹⁵⁸ Die entsprechende Revision wurde am 17.3.2017 angenommen.¹⁵⁹ Art. 38a StBOG lautet künftig: «Die Berufungskammer entscheidet über Berufungen und Revisionsgesuche.» Auch Art. 80 Abs. 1 wurde angepasst: «Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen und gegen Entscheide der Beschwerdekammer und der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts.»¹⁶⁰ Damit schafft der Gesetzgeber für die schweren Verbrechen in Bundeszuständigkeit eine «**eigenständige Berufungskammer**»¹⁶¹ beim

¹⁵⁵ Bundesrätin Simonetta Sommaruga, AB 2010 N 2051 f., 2152, Sitzung vom 17.12.2010 („Die vorliegende Motion greift nun die Schwachpunkte der aktuellen Rechtslage auf und schlägt einen Mittelweg ein. Sie hat gegenüber der Variante mit dem Bundesgericht als Berufungsinstanz den Vorteil, dass das Bundesgericht selber keine Beweise abnehmen muss, sodass sein Aufwand wesentlich kleiner ist. Damit wird auch die mit der Justizreform geplante Entlastung des Bundesgerichtes nicht gefährdet, zumal beim Bundesgericht jährlich nur etwa elf Beschwerden in Strafsachen gegen Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes erhoben werden. Darüber hinaus wird eine stossende Ungleichbehandlung beseitigt, die dadurch entsteht, dass die Bundesanwaltschaft Fälle an die Kantone delegieren kann und folglich zwei Instanzen den Sachverhalt uneingeschränkt prüfen, während bei einer Anklage vor der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes nur eine Instanz diese Prüfung vornimmt.“).

¹⁵⁶ BSK BGG²-Thommen, Art. 80 N 19.

¹⁵⁷ Botschaft 2013.

¹⁵⁸ Zusatzbotschaft 2016 6202; Botschaft 2013 7115 ff.

¹⁵⁹ AB 2010 N 2151 f.; AB 2014 S 1289 f.; AB 2015 N 652 ff.; AB 2016 S 1038; AB 2017 N 69 ff.; AB 2017 S 170; AB 2017 N 423; AB 2017 N 573; AB 2017 S 307.

¹⁶⁰ BBl 2017 2429 ff.

¹⁶¹ Zusatzbotschaft 2016 6200.

Bundesstrafgericht (vgl. dazu auch N ■ und ■). Urteile des Bundesstrafgerichts können somit künftig mit einem ordentlichen und devolutiven Rechtsmittel angefochten werden. Ordentliche Rechtsmittel räumen der Rechtsmittelinstanz volle Überprüfungsbefugnis ein. Devolutiv ist ein Rechtsmittel, wenn es an eine höhere Instanz weitergezogen werden kann.¹⁶² Obwohl die Straf- und die Berufungskammer demselben Gericht angehören, entscheidet die Berufungskammer zweitinstanzlich und damit als höhere Instanz. Rechtshistorisch gab es eine solche „hausinterne“ Anfechtungsmöglichkeit im Bundesstrafprozess bereits einmal. Als das Bundesstrafgericht noch eine spezielle Abteilung des Bundesgerichts war, unterlagen dessen Entscheide der Beschwerde an den ebenfalls aus Bundesrichtern und Bundesrichterinnen zusammengesetzten Ausserordentlichen Kassationshof.¹⁶³ Auch wenn man sich immer noch fragen kann, inwiefern es gerechtfertigt ist, eine Berufungskammer, die auch mit ordentlichen Bundesstrafrichtern und Bundesstrafrichterinnen besetzt ist, als „eigenständig“, sprich hinreichend unabhängig zu bezeichnen,¹⁶⁴ so ist doch mit der nunmehr beschlossenen Revision doch das «Double Instance»-Prinzip mit guten Gründen (auch) im Bundesstrafverfahren verwirklicht. Im Gegensatz zum früheren Ausserordentlichen Kassationshof ist die Berufungskammer keine blosse Kassationsinstanz. Sie kann vielmehr mit voller Kognition einen neuen Entscheid in der Sache fällen.¹⁶⁵

¹⁶² Zu den Begriffen vgl. SCHMID, Handbuch², Rz. 1444 ff.

¹⁶³ Art. 12 Abs. 2 aOG und Art. 1 Abs. 1 Ziff. 6 aBStP (beide in der Version vor dem Inkrafttreten des Strafgerichtsgesetzes vom 4.10.2002); vgl. etwa Ausserordentlicher KassH, 5.11.2003, 10Y.1/2003, E. 2 (abrufbar auf bger.ch, Urteile ab 2000).

¹⁶⁴ Vgl. hierzu insbesondere Zusatzbotschaft 2016 6203 sowie das Votum von BR Simonetta Sommaruga, AB 2017 N 69 ff., 71.

¹⁶⁵ Art. 408 StPO.

Art. 81

Beschwerderecht

¹ Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer:

- a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; und
- b. ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere:
 1. die beschuldigte Person,
 2. ihr gesetzlicher Vertreter oder ihre gesetzliche Vertreterin,
 3. die Staatsanwaltschaft,
 4. ...
 5. die Privatklägerschaft, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann,
 6. die Person, die den Strafantrag stellt, soweit es um das Strafantragsrecht als solches geht,
 7. die Staatsanwaltschaft des Bundes und die beteiligte Verwaltung in Verwaltungsstrafsachen nach dem Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht.

² Die Staatsanwaltschaft des Bundes ist auch zur Beschwerde berechtigt, wenn das Bundesrecht vorsieht, dass ihr oder einer anderen Bundesbehörde der Entscheid mitzuteilen ist oder wenn sie die Strafsache den kantonalen Behörden zur Untersuchung und Beurteilung überwiesen hat.

³ Gegen Entscheide nach Artikel 78 Absatz 2 Buchstabe b steht das Beschwerderecht auch der Bundeskanzlei, den Departementen des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, den ihnen unterstellten Dienststellen zu, wenn der angefochtene Entscheid die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann.

Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière pénale quiconque:

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire; et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier:
 - 1. l'accusé,
 - 2. le représentant légal de l'accusé,
 - 3. l'accusateur public,
 - 4. ...
 - 5. la partie plaignante, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles,
 - 6. le plaignant, pour autant que la contestation porte sur le droit de porter plainte,
 - 7. le Ministère public de la Confédération et les autorités administratives participant à la poursuite et au jugement des affaires pénales administratives selon la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif.

² Le Ministère public de la Confédération a aussi qualité pour recourir si le droit fédéral prescrit que la décision doit être communiquée à lui-même ou à une autre autorité fédérale ou si la cause a été déferée pour instruction et jugement aux autorités cantonales.

³ La qualité pour recourir contre les décisions visées à l'art. 78, al. 2, let. b, appartient également à la Chancellerie fédérale, aux départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoit, aux unités qui leur sont subordonnées, si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attributions.

Diritto di ricorso

¹ Ha diritto di interporre ricorso in materia penale chi:

- a. ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo; e
- b. ha un interesse giuridicamente protetto all'annullamento o alla modifica della decisione impugnata, segnatamente:
 - 1. l'imputato,
 - 2. il rappresentante legale dell'accusato,
 - 3. il pubblico ministero,
 - 4. ...

5. l'accusatore privato, se la decisione impugnata può influire sul giudizio delle sue pretese civili,
 6. il querelante, per quanto trattasi del diritto di querela come tale,
 7. nelle cause penali amministrative secondo la legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo, il pubblico ministero della Confederazione e l'amministrazione interessata.
- ² Il pubblico ministero della Confederazione è inoltre legittimato a ricorrere se il diritto federale prevede che la decisione deve essergli comunicata, o essere comunicata a un'altra autorità federale, o se lui stesso ha delegato alle autorità cantonali l'istruzione e il giudizio della causa penale.
- ³ Il diritto di ricorrere contro le decisioni di cui all'articolo 78 capoverso 2 lettera b spetta inoltre alla Cancelleria federale, ai dipartimenti federali o, in quanto lo preveda il diritto federale, ai servizi loro subordinati, se la decisione impugnata viola la legislazione federale nella sfera dei loro compiti.

Inhaltsübersicht

Note

I.	Beschwerdelegitimation im Allgemeinen	
1.	Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren (Abs. 1 lit. a)	
2.	Rechtlich geschütztes Interesse (Abs. 1 lit. b).....	
II.	Beschwerdelegitimierte im Einzelnen	
1.	Beschuldigte Person (Ziff. 1)	
2.	Die gesetzlichen Vertreter (Ziff. 2).....	
3.	Kantonale Staatsanwaltschaft (Ziff. 3)	
4.	Bundesanwaltschaft (Ziff. 3).....	
5.	Privatstrafkläger (ehemals Ziff. 4)	
6.	Privatkläger (Ziff. 5)	
7.	Opfer (Ziff. 5)	
8.	«Einfache» Geschädigte (Ziff. 5)	
9.	Strafantragsteller/in (Ziff. 6)	
10.	Beschwerdeberechtigung in Verwaltungsstrafsachen (Ziff. 7)	
III.	Beschwerdeberechtigung in Mitteilungs- und Delegationsstrafsachen (Abs. 2)	
IV.	Behördenlegitimation betreffend Straf-/Massnahmenvollzug (Abs. 3)....	
V.	Weitere Legitimierte	

Materialien

Vgl. Materialien bei Art. 78 und 80.

Zur Aufhebung von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 4: Aufgehoben durch Anhang 1 Ziff. II 3 der Strafprozessordnung vom 5.10.2007, mit Wirkung seit 1.1.2011 (AS 2010 1881; BBl 2006 1085).

Zur Änderung von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5: Fassung gemäss Anhang Ziff. II 5 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19.3.2010, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 3267; BBl 2008 8125).

Zur Änderung von Art. 81 Abs. 1 Ziff. 7: Eingefügt durch Ziff. II 8 des BG vom 20.3.2008 zur formellen Bereinigung des Bundesrechts (AS 2008 3437; BBl 2007 6121). Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 3 der Strafprozessordnung vom 5.10.2007, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 1881; BBl 2006 1085).

Zur Änderung von Art. 81 Abs. 2: Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 3 der Strafprozessordnung vom 5.10.2007, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 1881; BBl 2006 1085).

Zur Änderung von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 und Abs. 4: Bundesamt für Justiz, Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4.11.2015 (zit. Bericht VE-BGG); Bundesgesetz über das Bundesgericht, Vernehmlassungsentwurf vom 4.11.2015;¹ Motion von Nationalrätin Viola Amherd 13.4296 vom 13.12.2013 – „Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes bei der Vollstreckung der Strafurteile“ (zit. Motion Amherd, 13.4296); Bericht vom 30.10.2013 über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, BBl 2013 9077 ff. (zit. BBl 2013 9077 ff.).

¹ Beide publiziert auf: www.bj.admin.ch.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 78.

I. Beschwerdelegitimation im Allgemeinen

- 1 Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen *und* ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat.² Art. 81 stellt somit zwei **kumulativ** zu erfüllende Legitimationsvoraussetzungen auf. Es folgt eine beispielhafte Aufzählung («insbesondere») beschwerdeberechtigter Personen. Wie von SCHMID³ zutreffend hervorgehoben wurde, ist die Norm strukturiert als «**Generalklausel mit Regelbeispielen**». Dies führt unweigerlich zur Frage, ob es nicht enumerierte Personen gibt, die zur Beschwerde berechtigt sind. Ohne dem im Einzelnen vorgreifen zu wollen, sind nach dem Willen des Gesetzgebers alle Personen zur Beschwerde legitimiert, die eine Verfahrensteilnahme oder den Verfahrensausschluss vor Vorinstanz sowie ein rechtlich geschütztes Interesse nachweisen können, unabhängig von einer Nennung in der nachfolgenden Liste.⁴
- 2 Auch das Bundesgericht besteht auf der kumulativen Erfüllung der Voraussetzungen von lit. a und b. Das bedeutet einerseits, dass auch die in Art. 81 Abs. 1 lit. b beispielhaft aufgeführten Personen, die in der Regel beschwerdebefugt sind, im Einzelfall ein Rechtsschutzinteresse nachzuweisen haben.⁵ Andererseits sind auch dort nicht aufgeführte Personen beschwerdebefugt, sofern sie ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids haben.⁶

1. Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren (Abs. 1 lit. a)

- 3 Die erste allgemeine Legitimationsvoraussetzung zur Beschwerde in Strafsachen ist die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren,⁷ respektive der zu Unrecht erfolgte Ausschluss davon.

² BGE 140 IV 74 E. 1.3.1; 133 IV 121 E. 1.1; THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 655 f.

³ SCHMID, ZStrR 2006, 179.

⁴ BGE 139 IV 121 E. 4.2; 133 IV 121 E. 1.1; Botschaft 20014318; in den parlamentarischen Debatten hat die Strukturierung der Beschwerderechtsklausel zu keinen Diskussionen Anlass gegeben.

⁵ Nach DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 N 2551, besteht bei den in Art. 81 Abs. 1 lit. b genannten Personen eine Vermutung der Betroffenheit in rechtlich geschützten Interessen.

⁶ BGE 139 IV 121 E. 4.2; 133 IV 121 E. 1.1; BGer, StA, 12.8.2008, 6B_482/2007, 6B_483/2007, 6B_176/2008, 6B_180/2008, E. 16.1.

⁷ BGE 133 I 273 E. 1.1.

Die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren wird teilweise auch als „*formelle Beschwer*“ bezeichnet.⁸ Ob neben dem formellen Einbezug in das vorinstanzliche Verfahren auch eine materielle Verfahrensbeteiligung erforderlich ist, ist nach MEYER offen.⁹ Mit der bundesrechtlichen Voraussetzung der Verfahrensteilnahme soll verhindert werden, dass sich Personen, die im kantonalen Verfahren in keiner Form am Prozess mitgewirkt oder daran ein Interesse bekundet haben, erstmals vor Bundesgericht ins Verfahren einschalten können.¹⁰ Die diesbezügliche Erläuterung in der Botschaft, wonach sich die Verfahrensteilnahme zumindest in der Stellung von **Anträgen** manifestiert haben müsse, wurde mit Recht als teilweise zu weit gehend kritisiert.¹¹ Bei einem Freispruch in erster Instanz hat die beschuldigte Person unter Umständen keine Veranlassung, Appellationsanträge zu stellen. Trotzdem muss sie gegen eine zweitinstanzliche Verurteilung Beschwerde in Strafsachen erheben können. Öffentliche Ankläger und Beschuldigte erfüllen das Teilnahmeerfordernis aufgrund ihrer Parteistellung vor Vorinstanz unabhängig von allfällig gestellten Anträgen. Anders verhält es sich bei der Privatklägerschaft. Nach der Botschaft ist eine geschädigte Partei, die im vorinstanzlichen Verfahren auf eine Stellungnahme und einen Antrag verzichtet und damit Gleichgültigkeit und Interessenlosigkeit bekundete, von der Strafrechtsbeschwerde auszuschliessen.¹² Verlangt wird also eine entsprechende **Beteiligung des Adhäsionsklägers mittels Anträgen**.¹³ Dies ergibt sich bereits aus dem Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs¹⁴ und ist der Privatklägerschaft ohne Weiteres zuzumuten. Eine Beteiligung wird denn auch in Bezug auf die gleichlautende Bestimmung zur Beschwerde in Zivilsachen (Art. 76 Abs. 1 lit. a) in der Literatur einhellig vorausgesetzt.¹⁵ Das Bundesgericht bejahte hingegen die

⁸ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, *Praxiskommentar*², Art. 81 N 7.

⁹ MEYER, ZBJV 2010, 849; s.a. SCHMID, *Handbuch*², Rz. 1662.

¹⁰ BGE 134 IV 36 E. 1.3.2.

¹¹ Kritik und eingehende Begründung bei SCHMID, ZStrR 2006, 178f., wonach eine Beteiligung mittels Stellungnahmen und Anträgen respektive Anwesenheit vor Schranken etwa beim Beschuldigten und der Bundesanwaltschaft nicht erforderlich ist, und TSCHANNEN-BOMMER, 171.

¹² Botschaft 2001 4317; s.a. SCHMID, ZStrR 2006, 179.

¹³ Abweichend davon noch die Voraufgabe.

¹⁴ Art. 76 N 2.

¹⁵ Art. 76 N 2; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, *Praxiskommentar*², Art. 76 N 2; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLER, BGG², Art. 76 N 4; ebenso betr. die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten etwa Art. 89 N 8.

Legitimationsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 1 lit. a einer Privatklägerin, deren Rechtsvertreter an der Berufungsverhandlung anwesend war, dieser aber keine Anträge stellte und keine Ausführungen zur Sache machte. Das Bundesgericht wertete den Verzicht der berufungsbeklagten Privatklägerschaft auf die freigestellte Anwesenheit an der mündlichen Berufungsverhandlung oder das Stellen von Anträgen im Berufungsverfahren nicht als Gleichgültigkeit am Ausgang des Berufungsverfahrens. Vielmehr sei dies so zu verstehen, dass die Privatklägerschaft an ihren erstinstanzlichen Anträgen festhalte.¹⁶ Dies überzeugt nicht.

Nach bisheriger Rechtsprechung konnte sich das Opfer gegen Freisprüche nur zur Wehr setzen, wenn es seine Schadenersatzansprüche im Strafverfahren bereits substantiiert geltend gemacht hat.¹⁷ Das Bundesgericht hielt an der bisherigen Praxis zur Beschwerdebefugnis des Opfers fest.¹⁸ Diese Voraussetzung wird beim Privatkläger in der Regel erfüllt sein. Nach Art. 123 Abs. 2 StPO hat die Bezifferung und Begründung der Zivilklage spätestens im (erstinstanzlichen) Parteivortrag zu erfolgen.

Die Voraussetzung, wonach auch zur Beschwerde legitimiert ist, wem die **Teilnahme** am vorinstanzlichen Verfahren **verwehrt** wurde, ist wohl am ehesten auf Opfer und Geschädigte zugeschnitten, die aus irgendwelchen Gründen nicht (z.B. als Privatkläger) zum Verfahren zugelassen wurden. So hat das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation einer Privatklägerin bejaht, die im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Ersatzmassnahmen keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hatte und die sich vor Bundesgericht auf das Akteneinsichtsrecht und damit auf ein Verfahrensrecht berief, das sie als Privatklägerin beanspruchte.¹⁹

Die Voraussetzung betrifft jedenfalls nicht den abwesenden Beschuldigten. Weder dem entschuldigt noch dem unentschuldigt fernbleibenden Beschuldigten *wird* die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren *verwehrt*. Bei **Abwesenheitsurteilen** (Kontumazialurteilen) kann der unentschuldigt abwesende Beschuldigte nach Art. 368 StPO ein Gesuch auf Neuurteilung stellen (Abs. 1). Dabei hat er kurz zu begründen, weshalb er an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen konnte (Abs. 2). Das Gesuch wird abgelehnt, wenn die verurteilte Person ordnungsgemäss vorgeladen wurde, aber der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist (Abs. 3). Der Entscheid über die verweigerte Neuurteilung kann zum Gegenstand einer Beschwerde in Strafsachen gemacht werden. Alternativ oder kumulativ zum Gesuch um neue

¹⁶ BGE 143 IV 434 E. 1.

¹⁷ BGer, StA, 30.6.2009, 6B_260/2009, E. 2.2.

¹⁸ BGE 137 IV 246 E. 1.3.1.

¹⁹ BGE 138 IV 78 E. 1.

Beurteilung kann die verurteilte Person auch die Berufung gegen das Abwesenheitsurteil erklären, solange die Berufungsfrist noch läuft (Art. 371 Abs. 1 StPO).²⁰ Die Teilnahme muss nicht aktiv verwehrt worden sein. Es reicht, wenn der Partei die Verfahrensteilnahme wegen unterbliebener **Mitteilung** faktisch verunmöglicht wird: Trotz fehlender Verfahrensteilnahme wurde ein Insolvenzverwalter zur Beschwerde zugelassen. Er hatte keine Möglichkeit am vorinstanzlichen Verfahren teilzunehmen, da ihm der bezirksgerichtliche Entscheid nicht mitgeteilt worden war.²¹

Die Voraussetzung der Verfahrensteilnahme vor der Vorinstanz wirft auch in Bezug auf die **öffentlichen Ankläger** Fragen auf. In einem Zürcher Fall wurde die Anklage im obergerichtlichen Verfahren vom Statthalteramt Pfäffikon vertreten, die Beschwerde in Strafsachen indes von der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhoben, obwohl diese am obergerichtlichen Verfahren nicht teilgenommen hatte. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Oberstaatsanwaltschaft das Rechtsmittelverfahren zwar nicht selbst geführt, ihre Interessen aber durch eine ihr untergeordnete Behörde mittelbar wahrnehmen lassen und insoweit am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt war.²² Die Oberstaatsanwaltschaft wurde somit im Ergebnis trotz fehlender unmittelbarer Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz zur Beschwerde zugelassen.²³ Damit übernahm das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum alten Verfahrensrecht, wonach grundsätzlich stets die obersten kantonalen Anklagebehörden die Beschwerde vor Bundesgericht vertreten sollen.²⁴ Diese Rechtsprechung lässt sich ohne Weiteres mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ist «die Staatsanwaltschaft» und nicht «der Staatsanwalt» zur Beschwerde legitimiert. Das Beschwerderecht steht somit der kantonalen Anklagebehörde und nicht der Person des Anklägers zu. Wer die kantonale Anklagebehörde vor

²⁰ In einem Fall des Kantons Zug, in welchem der Beschwerdeführer sowohl Berufung gegen das erstinstanzliche Abwesenheitsurteil anmeldete als auch um neue Beurteilung ersuchte, lehnte das OGer ZG das Begehren um neue Beurteilung ab und sistierte das Berufungsverfahren zwischenzeitlich. Gegen den Entscheid des OGer betreffend neue Beurteilung war die Beschwerde in Strafsachen zulässig, da ein letztinstanzlicher Entscheid vorlag. Nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war demgegenüber die Frage, ob die Voraussetzungen für die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens erfüllt waren, da diesbezüglich aufgrund des sistierten Berufungsverfahrens noch kein letztinstanzlicher Entscheid vorlag: BGer, StA, 24.3.2017, 6B_1175/2016 und 6B_1176/2016, E. 5; vgl. bereits BGE 121 IV 340; 106 IV 227 E. 2; 80 IV 137.

²¹ BGE 135 I 63 E. 1.1.1.

²² BGE 134 IV 36 E. 1.3.

²³ Vgl. auch BGer, I. ÖRA, 19.7.2017, 1B_160/2017, E. 1; I. ÖRA, 13.9.2011, 1B_238/2011, E. 1.1.

²⁴ BGE 131 IV 142.

Bundesgericht vertritt, richtet sich nach kantonalem Gerichtsorganisationsrecht (vgl. etwa § 107 Abs. 1 lit. a GOG/ZH).²⁵

Das Bundesgericht bezeichnete es als fraglich, ob das **Amt für Justizvollzug** in einem Verfahren betreffend die bedingte Entlassung aus der Verwahrung als Teilnehmer am verwaltungsgerichtlichen Verfahren i.S.v. Art. 81 Abs. 1 lit. a zu betrachten ist, liess die Frage schliesslich jedoch wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses des Amtes für Justizvollzug offen. Im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs (Art. 78 Abs. 2 lit. b) ist die Wahrung rein öffentlicher Interessen nach Art. 81 Abs. 3 dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement vorbehalten.²⁶

2. Rechtlich geschütztes Interesse (Abs. 1 lit. b)

- 4 Die zweite allgemeine Beschwerderechtsvoraussetzung ist der Nachweis der Verletzung rechtlich geschützter Interessen („*materielle Beschwer*“²⁷). Die Terminologie ist aus **Art. 88 OG** übernommen. Bei der Auslegung kann deshalb die frühere Legitimationspraxis zur staatsrechtlichen Beschwerde beigezogen werden. Aus der Anlehnung an die Rechtsprechung zur staatsrechtlichen Beschwerde ergibt sich, dass das Rechtsschutzinteresse **aktuell** zu sein hat,²⁸ auch wenn diese Einschränkung nach wie vor nicht explizit aus dem Gesetzestext hervorgeht. Dem Bundesgericht konnten bereits früher keine **abstrakten Rechtsfragen** unterbreitet werden.²⁹ Der Beschwerdeführer muss ein aktuelles praktisches Interesse an der Behandlung der Beschwerde haben. Dieses prozessökonomische Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet.³⁰
- 5 Nach der bisherigen Rechtsprechung fehlte es an der Aktualität etwa bei einer Beschwerde gegen ein abgelehntes Haftentlassungsgesuch, wenn der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit aus der

²⁵ BGE 142 IV 196 E. 1.

²⁶ BGE 139 I 51 E. 2.3; 133 IV 121 E. 1.2; de lege ferenda sollen die Kantone gemäss Art. 81 Abs. 4 VE 2015 vorsehen können, „*dass eine mit Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betraute Behörde zur Beschwerde gegen kantonale Entscheide nach Artikel 78 Absatz 2 Buchstabe b berechtigt ist*“; dazu Bericht VE-BGG, 18 und N ■.

²⁷ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 81 N 10.

²⁸ BGE 131 I 153 E. 1.3., mehrmals bestätigt, etwa in BGE 140 IV 74 E. 1.3.1.

²⁹ BGE 124 IV 94 E. 1c; 116 Ia 359 E. 2a.

³⁰ BGE 136 I 274 E. 1.3; 133 II 81 E. 3.

Haft entlassen wurde. Wenn ausnahmsweise ein grundsätzliches Interesse an der Beantwortung potentiell wiederkehrender und verfassungsrechtlich kaum je überprüfbarer Fragen bestand, wurde auf die Beschwerden eingetreten. Als grundsätzlich wurde die Frage eingestuft, ob im Jugendstrafverfahren ein kantonales Rechtsmittel gegen Haftentscheide vorzusehen sei.³¹ In der Regel wurde aber auf Beschwerden Entlassener mangels Aktualität des Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten. Den Beschwerdeführern wurde entgegen gehalten, dass sie die Rechtmässigkeit der Haft später noch im Entschädigungsverfahren thematisieren können.³²

Diese Rechtsprechung scheint das Bundesgericht nun schrittweise **aufgeben** zu wollen. Auch 6 nach der Entlassung besteht noch ein Interesse an der Feststellung von BV- und EMRK-Verletzungen in Haftverfahren. Für den EGMR stellt die Aktualität des Rechtsschutzinteresses bei der Überprüfung von Konventionsverletzungen kein relevantes Kriterium dar. Die Verweisung in das Entschädigungsverfahren verletzt nach der Strassburger Rechtsprechung das Recht auf eine wirksame Beschwerde.³³ Dieser Entscheid ist auch deshalb bemerkenswert, weil das Bundesgericht die Konventionsverletzung im Dispositiv festhält.³⁴ Diese Feststellung wird verbunden mit einer vorteilhaften Kostenregelung. Damit wird dem Beschwerdeführer eine hinreichende Wiedergutmachung i.S.v. Art. 41 EMRK verschafft.³⁵ Das Bundesgericht nimmt so vorweg, was der EGMR als «satisfaction équitable» in eigener Kompetenz anordnen könnte. Mit dieser sehr zu begrüssenden Praxiserweiterung kommt Lausanne einer Verurteilung in Strassburg

³¹ BGer, StA, 23.8.2007, 1B_156/2007, E. 2.1, nicht publ. in BGE 133 IV 267.

³² Vgl. BGE 125 I 394, worin klargestellt wird, dass die Rechtmässigkeit der Haft nach der Entlassung nur noch im Entschädigungsverfahren thematisiert werden kann. Zur Effizienz von Haftbeschwerden vgl. Urteil des EGMR i.S. R.M.D. c. Suisse vom 26.9.1997.

³³ BGE 136 I 274 E. 1 m.Hinw. auf EGMR-Urteile i.S. Camenzind gegen Schweiz (Nr. 136/1996/ 755/954) vom 16.12.1997, Ziff. 51 ff. und Kaiser gegen Schweiz (Nr. 17073/04) vom 15.3.2007, Ziff. 13 und 38 ff.; vgl. auch BGer, I. ÖRA, 12.7.2010, 1B_161/2010, E. 1; BGer, I. ÖRA, 26.2.2014, 1B_369/2013, E. 1, nicht publ. in BGE 140 I 125, wo auf die Beschwerde eines Verurteilten, welcher im Strafverfahren während 157 aufeinanderfolgenden Tagen in der Genfer Haftanstalt **Champ-Dollon** unter menschenunwürdigen Haftbedingungen eingesperrt hatte, zugelassen wurde, obwohl diese Haftbedingungen nicht länger andauerten.

³⁴ BGE 136 I 274 (BGer, I. ÖRA, 11.5.2010, 1B_326/2009 Dispositivziffer 1: «In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass der Anspruch des Beschwerdeführers auf unverzügliche Vorführung vor einen Richter nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK verletzt worden ist.»).

³⁵ BGE 136 I 274 E. 2 m.Hinw. auf BGE 135 II 334 E. 3, 130 I 312 E. 5.3.

zuvor.³⁶ Das Bundesgericht ist in der Folge wiederholt auf Beschwerden eingetreten, wenn ein Interesse an der Feststellung einer Bundes- oder Konventionsverletzung oder an der Zusprechung einer Entschädigung vorlag.³⁷ Dass das Bundesgericht – abgesehen von einzelnen Entscheiden mit vorteilhafteren Kostenregelungen³⁸ – in solchen Fällen vermehrt in eigener Kompetenz Haftentschädigungen ausgesprochen hätte, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen verzichtet das Bundesgericht auch in neueren Entscheiden ausnahmsweise auf ein aktuelles praktisches Interesse, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen können, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige bundesgerichtliche Prüfung im Einzelfall kaum möglich wäre.³⁹ Zudem hat das Bundesgericht mehrmals Haftentlassungsbegehren beurteilt, auch wenn die rechtliche Basis der Haft im Verlaufe des hängigen bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens geändert hatte. Dabei liess es sich von den gesetzes- und verfassungsrechtlichen Vorgaben an das Beschleunigungsgebot und von prozessökonomischen Überlegungen leiten.⁴⁰

7 Eine weitere Folge, die sich aus der Anlehnung an die altrechtlichen Legitimationsvoraussetzungen ergibt, ist, dass der Beschwerdeführer nachweisen muss, in **rechtlich** geschützten Interessen verletzt worden zu sein. Faktische Interessen genügen nicht.⁴¹ Nach der Botschaft ist geltend zu machen, dass *«der Akt eine Norm verletzt, deren Ziel es ist, die Interessen des Beschwerdeführers zu schützen und die ihm auf diese Weise ein subjektives Recht einräumt»*.⁴² Diese Voraussetzung ist etwa erfüllt, wenn sich Geschädigte gegen den Verzicht auf **Einziehung** beziehungsweise ersatzweise Einforderung der Erträge, die **Verwendung** des

³⁶ Zur Vermeidung einer Verengung des Rechtsschutzes vor BGer im Verhältnis zu den Rügemöglichkeiten vor dem EGMR, vgl. AEMISEGGER, Jusletter 2009, Ziff. 2.3.4 und Ziff. 5.

³⁷ BGer, I. ÖRA, 17.6.2015, 1B_193/2015, E. 1.1; I. ÖRA, 26.8.2013, 1B_258/2013, E. 1; I. ÖRA, 3.7.2012, 1B_277/2012, E. 1; I. ÖRA, 5.1.2012, 1B_683/2011, E. 2.2.1; I. ÖRA, 12.7.2010, 1B_161/2010, E. 1; I. ÖRA, 22.7.2010, 1B_94/2010, E. 1.3.

³⁸ BGer, I. ÖRA, 5.1.2012, 1B_683/2011.

³⁹ BGer, I. ÖRA, 21.12.2015, 1B_419/2015, E. 1, nicht publ. in BGE 142 IV 29 zur (verneinten) Grundsatzfrage, ob das Zwangsmassnahmengericht über das Begehren der Staatsanwaltschaft um Anordnung von Ersatzmassnahmen hinausgehen darf.

⁴⁰ BGE 137 IV 177 E. 2.2; BGer, I. ÖRA, 7.12.2016, 1B_434/2016, E. 1.3.

⁴¹ BGE 133 IV 121 E. 1.2; BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1; I. ÖRA, 29.8.2016, 1B_209/2016, E. 1.

⁴² Botschaft 2001 4328; in BGE 131 IV 191 E. 1.2 wurde das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers verneint mit der Begründung, dass der (damalige) Art. 10c Abs. 1 OHG die Interessen des Kindes und nicht seine schütze.

Verwertungserlöses (Art. 73 Abs. 1 StGB)⁴³ oder die **Aufhebung** von **Kontosperren** und die Herausgabe beschlagnahmter Vermögenswerte (Art. 70 Abs. 1 StGB) wehren. Diese Bestimmungen gewähren ihnen ein Recht auf Zusprechung eingezogener Vermögenswerte. Ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids ist daher zu bejahen.⁴⁴

Normalerweise bereitet der Nachweis der Verletzung rechtlich geschützter Interessen keine 8 grossen Schwierigkeiten. Insbesondere im Hauptanwendungsfall der Beschwerde durch **Verurteilte** finden sich in den Urteilen der Strafrechtlichen Abteilung keine gesonderten Eintretenserwägungen zum rechtlich geschützten Interesse. Es wird wohl davon ausgegangen, dass der Verurteilte in rechtlich geschützten Vermögens- und Freiheitsinteressen betroffen ist. Verurteilte können in strafrechtlichen Beschwerden die Verletzung aller Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, des Nebenstrafrechts und des schweizerischen Strafprozessrechts geltend machen, ohne dass geprüft würde, ob *«der Akt eine Norm verletzt, deren Ziel es ist, die Interessen des Beschwerdeführers zu schützen und die ihm auf diese Weise ein subjektives Recht einräumt»*.⁴⁵ Faktisch wird ihnen damit ein rechtlich geschütztes Interesse an der richtigen (Bundes-)Rechtsanwendung zugestanden. Verneint wird hingegen ein rechtlich geschütztes Interesse der amtlich verteidigten Person an der Erhöhung des dem amtlichen Verteidigers zugesprochenen Honorars. Die amtlich verteidigte Person ist deshalb nicht zur Rüge legitimiert, das dem amtlichen Verteidiger zugesprochene Honorar sei zu niedrig.⁴⁶ Wird dem amtlichen Verteidiger demgegenüber ein nach Ansicht des Verurteilten zu hohes Honorar zugesprochen, so ist ein Rechtsschutzinteresse gestützt auf die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO zu bejahen.

Was hingegen auch bei Beschuldigten/Verurteilten geprüft wird, ist die **Beschwer**. Aus dem 9 Urteilsdispositiv ergibt sich, *wer* durch den Entscheid beschwert ist.⁴⁷ Ein Arbeitgeber kann deshalb die Verurteilung eines Angestellten zu einer Freiheitsstrafe nicht anfechten.⁴⁸ Weil sich die Beschwer aus dem Dispositiv ergibt, besteht kein Interesse an der Anfechtung der *Entscheidbegründung*. Im Grundsatz leuchtet dies ein. Doch sind Fälle denkbar, in denen ein

⁴³ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.2; StA, 24.8.2009, 6B_53/2009, E. 1.2; BGE 140 IV 57 E. 2.4.

⁴⁴ BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/2007, E. 1.4 m.Hinw. auf BGE 126 I 97 E. 1a.

⁴⁵ Botschaft 2001 4328.

⁴⁶ BGer, StA, 7.5.2012, 6B_45/2012, E. 1.2.

⁴⁷ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 N 2551; OBERHOLZER, Handkommentar **?**, Art. 81 N 9.

⁴⁸ Beispiel von KARLEN, BGG, 47.

Freigesprochener durch die Begründung beschwert ist. Wird zum Beispiel ein Lehrer vom Vorwurf sexueller Übergriffe auf Schüler freigesprochen, so macht es im Hinblick auf seine weitere Anstellung einen grossen Unterschied, ob das Gericht die von der Anklagebehörde erhobenen Vorwürfe als unhaltbar einschätzt (etwa, indem das Gericht das Opfer als unglaubwürdig qualifiziert) oder aber entsprechende Übergriffe nicht ganz auszuschliessen vermag, den beschuldigten Lehrer aber in Anwendung von „in dubio pro reo“ freispricht.

- 10 Im Gegensatz zum Beschuldigten, der (allenfalls) ein Rechtsschutzinteresse im Sinne der *allgemeinen* Beschwerdevoraussetzung von Art. 81 Abs. 1 lit. b nachzuweisen hat, wird das rechtlich geschützte Interesse bei der **Privatklägerschaft** und dem Strafantragsteller durch die *besonderen* Einschränkungen bei der Beschwerdelegitimation vorgegeben. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, «wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann». Ein rechtlich geschütztes Anfechtungsinteresse hat die Privatklägerschaft damit nur im Umfang der Zivilanspruchsrelevanz des angefochtenen Entscheids.⁴⁹ Analoges gilt für den **Strafantragsteller**. Diesem werden rechtlich geschützte Anfechtungsinteressen nur insoweit zugestanden, als es um «das Strafantragsrecht als solches geht» (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 6).⁵⁰
- 11 Die **Staatsanwaltschaft** hat nach der Rechtsprechung immer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Das Bundesgericht führte im Leitentscheid hierzu aus: «Unter der neuen Verfahrensordnung wird der Staatsanwaltschaft das Beschwerderecht in Strafsachen ausdrücklich und dem Wortlaut nach ohne Einschränkung zuerkannt (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG). Die Legitimation leitet sich aus dem staatlichen Strafanspruch ab, den sie zu vertreten hat. Daher verfügt sie grundsätzlich über ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids, das zur Erhebung der Beschwerde in Strafsachen berechtigt.»⁵¹ Der Staatsanwaltschaft wird damit – ebenso wie dem Beschuldigten – faktisch ein rechtlich geschütztes Interesse an der **richtigen Rechtsanwendung** zugestanden. Ob dies – insbesondere bei der Geltendmachung von

⁴⁹ Dazu im Detail die Kommentierung zur Legitimation der Privatkläger (N 22), Opfer (N 31) und einfachen Geschädigten (N 47f.).

⁵⁰ Dazu im Detail die Kommentierung zur Legitimation des Strafantragstellers (N 63).

⁵¹ BGE 134 IV 36 E. 1.4.3; 139 IV 199 E. 2; Commentaire LTF-FERRARI², Art. 81 N 29.

Verfassungsrechten – sachgerecht ist, ist eine andere Frage.⁵² Nicht geklärt ist, woraus sich bei der Staatsanwaltschaft die Beschwer ergibt. Ist die Staatsanwaltschaft nur insoweit beschwert, als die letzte kantonale Instanz ihren Anträgen nicht vollständig stattgibt, oder ist sie unabhängig von letztinstanzlich gestellten Anträgen beschwerdelegitimiert?

Das Bundesgericht hat sich in mehreren Entscheiden zum rechtlich geschützten 12 Anfechtungsinteresse bei strafrechtlichen Beschwerden geäußert:

- Das Zürcher **Amt für Justizvollzug** hat gemäss Bundesgericht kein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung eines Entscheids zur bedingten Entlassung aus der Verwahrung. Es vertritt ausschliesslich öffentliche Interessen. Zwar ist es durch den angefochtenen Entscheid beschwert, indem es den Beschwerdegegner gegen seine Überzeugung begutachten lassen muss. Dies ist indes nur ein faktisches Interesse, welches nicht zur Ergreifung einer Beschwerde in Strafsachen genügt. Im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs (Art. 78 Abs. 2 lit. b) ist die Wahrung rein öffentlicher Interessen nach Art. 81 Abs. 3 dem **Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement** vorbehalten.⁵³ De lege ferenda sollen die Kantone gemäss Art. 81 Abs. 4 VE 2015 vorsehen können, „*dass eine mit Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betraute Behörde zur Beschwerde gegen kantonale Entscheide nach Artikel 78 Absatz 2 Buchstabe b berechtigt ist*“.⁵⁴
- Der Verurteilte hat kein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung der **Verrechnung** einer Kautions, die nachweislich von einem Dritten geleistet wurde.⁵⁵
- Die Konkursmasse einer AG, welche für einen Dritten eine (Flucht-)Kautions gestellt hat, ist durch den Entscheid über die Freigabe und Verrechnung der **Kautions** in rechtlich geschützten Interessen betroffen. Hierzu ist weder die vorgängige Durchführung eines Anerkennungsverfahrens nach Art. 166 ff. IPRG noch die Anhebung eines Anschlusskonkurses erforderlich.⁵⁶

⁵² Vgl. dazu Art. 81 N 7 ff. in der 1. Auflage; THOMMEN, *forum* poenale 3/2011, 144 f. (betr. Staatsanwaltschaftliche Anfechtung einer Haftentlassung); s.a. DONZALLAZ, *Commentaire*, Art. 81 N 2560 f.

⁵³ BGE 133 IV 121 E. 1.2.

⁵⁴ Bericht VE-BGG, 18; vgl. N ■.

⁵⁵ BGer, StA, 8.1.2008, 6B_277/2007, E. 7.4.

⁵⁶ BGE 135 I 63 E. 1.1.

- Der angebliche Inhaber eines Bankguthabens hat ein rechtlich geschütztes Interesse, sich gegen die **Einziehung des Bankguthabens** zur Wehr zu setzen.⁵⁷
- Ein Beschwerdeführer kann nicht geltend machen, frühere **Überwachungen gegen andere Personen** seien möglicherweise rechtswidrig gewesen. Ein eigenes Rechtsschutzinteresse liegt aber vor, wenn der Beschwerdeführer vorbringt, die gegen ihn angeordneten Überwachungen basierten auf einer unzulässigen Verwendung von ihm belastenden Zufallsfunden oder seien sonst bundesrechtswidrig.⁵⁸
- Die Privatküglerschaft ist mangels rechtlich geschützten Interesses nicht berechtigt, einen Entscheid über die **Entlassung aus der Untersuchungshaft** anzufechten.⁵⁹
- Der amtliche Verteidiger hat ein eigenes rechtlich geschütztes Interesse betreffend seine Ansprüche aus der Ernennung zum amtlichen Verteidiger. Wurde er nicht rechtskräftig zum Verteidiger bestellt, kann er aber die Ernennung eines anderen **amtlichen Verteidigers** nicht anfechten.⁶⁰
- Die beschwerdeführende Bank kann nicht geltend machen, das **Berufsgeheimnis (Anwaltsgeheimnis) des Kontoinhabers** oder andere Privatgeheimnisse ihres Kunden bildeten ein Entsigelungshindernis.⁶¹
- Ein Anwalt, der im Namen der von ihm vertretenen Person erfolglos ein Gesuch um **unentgeltliche Rechtspflege** gestellt hat, kann nicht in eigenem Namen die Abweisung des Gesuchs anfechten.⁶²

⁵⁷ BGE 133 IV 278 E. 1.3.

⁵⁸ BGE 140 IV 40 E. 4.1.

⁵⁹ BGE 139 IV 121 E. 4.

⁶⁰ BGer, I. ÖRA, 17.6.2013, 1B_120/2013, E. 2.

⁶¹ BGer, I. ÖRA, 26.2.2013, 1B_547/2012, E. 7.

⁶² BGer, I. ÖRA, 9.5.2012, 1B_705/2011, E. 2.2.

II. Beschwerdelegitimierte im Einzelnen

1. Beschuldigte Person (Ziff. 1)

Wie erwähnt, ergibt sich die Beschwer des Beschuldigten aus dem Urteilsdispositiv. Im Rahmen 13 seiner **Verurteilung** ist der «Beschuldigte» (recte: Verurteilte) beschwert und somit uneingeschränkt zur Beschwerde sowohl im Straf- als auch im Zivilpunkt⁶³ legitimiert. Diese Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn die Vorinstanz nach der Schuldigerklärung von **Strafe Umgang** genommen hat. Der Betroffene hat in diesem Fall ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des Schuldspruchs.⁶⁴ Ebenfalls ist der Beschuldigte legitimiert, sich gegen die im Rahmen der **Verfahrenseinstellung** verweigerte Parteientschädigung zur Wehr zu setzen.⁶⁵ Anders verhält es sich und kein rechtlich geschütztes Interesse liegt vor, wenn der Beschuldigte eine zu seinen Gunsten verfügte definitive Verfahrenseinstellung anfecht, mit dem Ziel, eine andere Begründung zu erwirken.⁶⁶ Ebenso wenig kann der Verurteilte mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses nach Eintritt der Rechtskraft des **Strafbefehls** frühere Untersuchungshandlungen anfechten, die dem rechtskräftigen Entscheid zugrunde lagen.⁶⁷ Grundsätzlich nicht beschwert ist der Beschuldigte im Fall eines **Freispruchs**. Abweichendes kann hier gelten, wenn ihm trotz Freispruchs die Kosten auferlegt werden (vgl. Art. 426 Abs. 2 StPO).⁶⁸ Wird eine Täterin infolge Schuldunfähigkeit freigesprochen,⁶⁹ so ist sie insoweit beschwert, als sie die zugrundeliegende Diagnose einer «schizoaffektiven Störung» bestreitet. Selbstverständlich ist sie in diesem Fall (zusätzlich) durch die angeordnete Massnahme nach Art. 59 StGB beschwert.⁷⁰ Wird – nach einem bereits erwähnten Beispiel – ein Lehrer vom Vorwurf sexueller Übergriffe auf Schüler mit der Begründung freigesprochen, die Taten könnten nicht

⁶³ Zum Zivilpunkt eingehend Art. 78 N 12 ff.

⁶⁴ BGE 101 IV 324 E. 1.

⁶⁵ BGer, I. ÖRA, 18.1.2012, 1B_589/2011, E. 1.

⁶⁶ BGer, I. ÖRA, 20.4.2011, 1B_3/2011, E. 2.

⁶⁷ BGer, I. ÖRA, 15.7.2011, 1B_291/2011, E. 1.

⁶⁸ BGer, StA, 17.3.2014, 6B_540/2013, vgl. auch BGer, StA, 10.7.2017, 6B_1118/2016, E. 1, wo es um die Kostenaufgabe an einen Strafantragsteller ging.

⁶⁹ Vgl. BGE 115 IV 221; vgl. Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 81 N 21.

⁷⁰ Vgl. den Sachverhalt von BGer, StA, 1.11.2010, 1B_327/2010, wo allerdings nicht der Freispruch, sondern die Aufrechterhaltung der Haft angefochten wurde.

gänzlich ausgeschlossen werden, er sei aber in Anwendung von „in dubio pro reo“ freizusprechen, so ist er durch diese Begründung beschwert, wenn die Tatbegehung richtigerweise gestützt auf die ungläubhaften Schilderungen des Opfers oder gestützt auf objektive Beweismittel offensichtlich nicht nachzuweisen war. Gleichwohl ergibt sich, wie eingangs erwähnt, die Beschwer des Beschuldigten aus dem Urteilsdispositiv. Auch wenn sich die Begründung nachteilig auszuwirken vermag, geht dies nicht mit einer materiellen Beschwer einher.⁷¹

2. Die gesetzlichen Vertreter (Ziff. 2)

14 Zur Beschwerde in Strafsachen *in eigener Person* legitimiert ist nur, wer **partei- und prozessfähig** ist.⁷² Die *Parteifähigkeit* stellt die prozessuale Seite der materiell-rechtlichen Rechtsfähigkeit dar, welche jeder natürlichen Person aufgrund ihres Menschseins zusteht (Art. 11 ZGB).⁷³ *Selbständige Prozessführung* setzt Handlungsfähigkeit voraus (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 14 BZP). Das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess setzt die Prozessfähigkeit somit der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit gleich. Handlungsfähig ist, wer volljährig und urteilsfähig ist (Art. 13 ZGB). Volljährig ist, wer das 18. Altersjahr zurückgelegt hat (Art. 14 ZGB). Urteilsfähig ist, wem nicht die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB). Unter 18-jährige Urteilsfähige dürfen im Rahmen ihrer Grundrechtsmündigkeit⁷⁴ oder soweit ihre gesetzlichen Vertreter zugestimmt haben selbständig prozessieren.⁷⁵ Gleiches gilt für alle handlungsunfähigen Urteilsfähigen in Bezug auf Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (Art. 19c ZGB).⁷⁶ Das Recht, sich gegen eine strafrechtliche Verurteilung zur

⁷¹ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 81 N 10; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 81 N 9.

⁷² SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 81 N 1.

⁷³ C. HERZIG, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, AJP 2/2013, 182 ff., 182.

⁷⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht⁹, Rz. 1993 nennen etwa das Recht zur selbständigen Wahl des Glaubensbekenntnisses ab dem 16. Altersjahr (Art. 303 Abs. 3 ZGB).

⁷⁵ Art. 19 Abs. 1 und 19a Abs. 1 ZGB; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht², Rz. 591.

⁷⁶ Hier werden etwa die Berufswahlfreiheit (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht⁹, Rz. 1994) oder das Recht auf Stellung eines Asylgesuchs (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht², Rz. 591) genannt.

Wehr zu setzen, gehört wohl zu diesen höchstpersönlichen Rechten.⁷⁷ Dies muss nicht zuletzt auch mit Blick auf Art. 11 Abs. 2 BV gelten, wonach Kinder und Jugendliche ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selber ausüben.⁷⁸ Auch nach Art. 106 Abs. 3 StPO können urteilsfähige handlungsunfähige Personen neben ihrer gesetzlichen Vertretung jene Verfahrensrechte ausüben, die höchstpersönlicher Natur sind. Urteilsfähige beschuldigte Kinder und Jugendliche können somit u.E. im kantonalen Verfahren selbständig Berufung und im Verfahren vor Bundesgericht selbständig Beschwerde in Strafsachen erheben. Im Konfliktfall geht der Wille der handlungsunfähigen Urteilsfähigen gegenüber demjenigen der gesetzlichen Vertretung vor.⁷⁹

Urteilsfähige Kinder und Jugendliche können sich nach h.L. auch als *Strafkläger* konstituieren.⁸⁰ Urteilsfähige Kinder und Jugendliche, welche in einem Strafverfahren als Strafkläger beteiligt sind, sind somit u.E. im kantonalen Verfahren selbständig zur Berufung zuzulassen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden sämtliche Strafkläger, welche nicht gleichzeitig auch Zivilkläger sind, mangels Rechtsschutzinteresses von der Beschwerde in Strafsachen ausgeschlossen.⁸¹ Auf diese Rechtsprechung wird noch einzugehen sein (vgl. dazu N ■).

Die Zivilklage setzt hingegen stets Handlungsfähigkeit voraus,⁸² weshalb urteilsfähige Kinder und Jugendliche insoweit auf einen gesetzlichen Vertreter angewiesen sind, der in ihrem Namen Beschwerde in Strafsachen führt.

Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 sind die gesetzlichen Vertreter zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt. Aus dem Wortlaut («*ihr* gesetzlicher Vertreter») ist zu schliessen, dass nur die Vertreter der **beschuldigten Person** legitimiert sein sollen.⁸³ Aus der expliziten Nennung der

⁷⁷ In BGE 120 Ia 369 E. 1 wurde einem Kind das Recht zugestanden, selbständig Beschwerde zu erheben gegen die zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts; s.a. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, § 39 Rz. 28; SCHMID, ZStrR 2006, 181. Vgl. etwa die Aufzählung absolut und relativ höchstpersönlicher Rechte bei BSK ZGB I⁵-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 19c N 5 f.

⁷⁸ I.d.S. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht⁹, Rz. 1994.

⁷⁹ SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 81 N 14.

⁸⁰ BSK StPO²-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 118 N 10 m.w.Hinw.

⁸¹ BGer, StA, 13.8.2014, 6B_481/2014, E. 5; StA, 3.3.2015, 6B_1082/2014, E. 1.4; I. ÖRA, 15.6.2011, 1B_200/2011, E. 2.6; StA, 13.2.2015, 6B_1168/2014, E. 1.2; vgl. dazu auch N ■.

⁸² ZK StPO²-LIEBER, Art. 118 N 2.

⁸³ Insoweit noch eindeutiger der französische und italienische Gesetzestext („le représentant légal de l'accusé“; „il rappresentante legale dell'accusato“) sowie noch Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 E-BGG („der gesetzliche Vertreter des Angeklagten“), BBl 2001 4498.

gesetzlichen Vertreter muss wohl geschlossen werden, dass diese *selbständig* zur Beschwerde zugelassen sein sollen. Sie sollen die Beschwerde *in eigenem Namen* erheben können.⁸⁴ Weshalb es notwendig sein soll, die gesetzlichen Vertreter der beschuldigten Person selbständig zur Beschwerde zuzulassen, lässt sich den Materialien nicht entnehmen.⁸⁵ Gemäss der zivilrechtlichen Literatur kann es sich etwa im rechtsgeschäftlichen Bereich zum Schutze des Vertragspartners aufdrängen, dass die Eltern als gesetzliche Vertreter in eigenem Namen handeln.⁸⁶ Ein vergleichbares Schutzinteresse ist bei einer strafrechtlichen Beschwerde für die beschuldigte Person nicht erkennbar. Im Gegenteil kann dieses eigenständige Beschwerderecht der gesetzlichen Vertreter dort zu Problemen führen, wo die beschuldigte Person einer solchen Beschwerde ablehnend gegenübersteht. Hinzu kommt, dass die gesetzlichen Vertreter durch den angefochtenen Entscheid kaum je in eigenen rechtlich geschützten Interessen betroffen, mithin beschwert sein dürften. De lege ferenda kann Ziff. 2 deshalb gestrichen werden. Wie dargelegt können insbesondere Jugendliche ihre Rechtsmittelbefugnisse im Umfang ihrer Urteilsfähigkeit selber wahrnehmen; im Übrigen reicht es aus, dass die gesetzlichen Vertreter in deren Namen Beschwerde führen können. Im Umkehrschluss ergibt sich aus dem Wortlaut von Ziff. 2, dass die gesetzlichen Vertreter des **Privatklägers** *nicht* in eigenem Namen zur Beschwerde legitimiert sind. Nach dem Konzept des Bundesgesetzgebers ist die Privatklägerschaft eine Verfahrenspartei auf Augenhöhe mit der beschuldigten Person (Art. 104 StPO). Der Privatklägerschaft stehen deshalb auch dieselben Rechtsmittelbefugnisse zu (Art. 382 Abs. 1 StPO). Konsequenterweise müsste man deshalb auch die gesetzlichen Vertreter der Privatklägerschaft selbständig zur Beschwerde zulassen. Diese Ungleichbehandlung würde indes wegfallen, wenn Ziff. 2 – wie vorgeschlagen – de lege ferenda gestrichen würde. Für die Zivilklage wäre es wiederum ausreichend, dass die gesetzlichen Vertreter in deren Namen Beschwerde führen können.

De lege lata kommen als gesetzliche Vertreter die **Eltern** (Art. 304 Abs. 1 ZGB) und **Vormünder** (Art. 327a ff. ZGB) von Kindern in Frage. Als Vertreter von volljährigen Personen können **Vorsorgebeauftragte** (Art. 360 Abs. 1 ZGB) und **Beistände** nur insoweit Beschwerde ergreifen, als sich ihr Mandat auf die Vertretung im Prozess erstreckt (Art. 391 Abs. 1 ZGB). **Ehegatten** und **eingetragene PartnerInnen** haben in Bezug auf die Prozessführung untereinander kein gesetzliches Vertretungsrecht (Art. 374 Abs. 2 ZGB). Nicht mehr eo ipso legitimiert sind die

⁸⁴ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 81 N 16.

⁸⁵ Vgl. etwa Botschaft BBl 2001 4318, wo nur zur fallengelassenen Beschwerdebefugnis der Nachkommen des Beschuldigten Stellung genommen wird.

⁸⁶ BSK ZGB I⁵-SCHWENZER/COTTIER, Art. 304/305 N 1, welche als Bsp. den Arzt- oder Internatsvertrag nennen.

Angehörigen verstorbenen Beschuldiger (so noch Art. 270 lit. b aBStP). Sie können jedoch beim Nachweis schützenswerter rechtlicher Interessen zur Beschwerde zugelassen werden.⁸⁷ Zwar führt der Tod der beschuldigten Person während des kantonalen Verfahrens zur Verfahrenseinstellung (Art. 319 Abs. 1 lit. d und Art. 403 Abs. 1 lit. c StPO). Anders verhält es sich, wenn eine verurteilte Person verstirbt, nachdem die Beschwerde in Strafsachen anhängig gemacht wurde. Im Zivilpunkt (nicht aber im Strafpunkt) haben die Erben des verstorbenen Beschuldigten grundsätzlich ein rechtlich geschütztes Interesse an der Weiterführung des Verfahrens.⁸⁸

Zur Vermeidung von Missverständnissen sei angemerkt, dass mit gesetzlicher Vertreter nicht der (amtliche) **Verteidiger** der beschuldigten Person gemeint ist. Dieser ist mangels Beschwer nicht zur Beschwerde legitimiert.⁸⁹ Er führt die Beschwerde namens und auftrags seines beschwerdelegitimierten Mandanten. Der **amtliche Verteidiger** ist in eigenem Namen zur Beschwerde berechtigt, soweit es um sein Verteidigungsmandat geht.⁹⁰

Der **Insolvenzverwalter** einer in Konkurs gefallenen AG, welche für einen Beschuldigten eine Kautionsleistung geleistet hat, ist als **Prozessstandschafter** zur Erhebung der Beschwerde an das Bundesgericht in eigenem Namen (aber fremdem Interesse) legitimiert.⁹¹

3. Kantonale Staatsanwaltschaft (Ziff. 3)

Zu den gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b «insbesondere» beschwerdeberechtigten Parteien gehört gemäss Ziff. 3 auch die Staatsanwaltschaft (Art. 12 lit. b StPO). Sie ist neben der Polizei (Art. 12 lit. a StPO) und den Übertretungsstrafbehörden (Art. 12 lit. c StPO) die dritte

⁸⁷ Botschaft 20014318. Zu den Unwägbarkeiten der alten Regelung eingehend SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, 74 ff.

⁸⁸ BGer, StA, 20.5.2009, 6B_459/2008, E. 2 und 3.4; StA, 15.7.2013, 6B_16/2012, E. 1 und 2; zum Recht der Angehörigen einer **verstorbenen geschädigten Person**, sich im Strafverfahren als Zivil- respektive Strafkläger zu konstituieren: BGE 142 IV 82 E. 3; zur Pflicht des Rechtsnachfolgers einer verstorbenen geschädigten Person, seine Beschwerdelegitimation vor BGer zu begründen: BGer, StA, 10.4.2014, 6B_27/2014, E. 1.1 und 1.2.

⁸⁹ So aber SCHMID, ZStrR 2006, 181 m.V. auf Art. 39 ff. Die Bestimmungen regeln nur die Voraussetzungen, unter welchen Rechtsvertreter zur Verteidigung befugt sind.

⁹⁰ BGE 133 IV 335; BGer, I. ÖRA, 17.6.2013, 1B_120/2013, E. 2; SCHMID, Handbuch², Rz. 1679 FN 609 f.; zur Anfechtung des Honorars vgl. BGer, StA, 26.9.2013, 6B_151/2013, E. 1, nicht publ. in BGE 139 IV 261

⁹¹ BGE 135 I 63 E. 1.1.2.

Strafverfolgungsbehörde.⁹² Die Staatsanwaltschaft ist für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zuständige **Untersuchungs- und Anklagebehörde** (Art. 16 StPO). Damit sind die kantonalen Staatsanwaltschaften (Art. 14 StPO) sowie die Bundesanwaltschaft (Art. 7 StBOG; vgl. **N** 7a) gemeint.

- 17 Eine Beschwerdelegitimation der **Übertretungsstrafbehörden** ist zu verneinen.⁹³ Nach Art. 357 Abs. 1 StPO haben die zur Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen eingesetzten Verwaltungsbehörden die Befugnisse der Staatsanwaltschaft. SCHMID vertritt die Auffassung, dass sich diese Bestimmung nur auf die kantonalen Rechtsmittel bezieht.⁹⁴ Hierfür spricht Art. 104 Abs. 2 StPO. Danach *können* Bund und Kantone weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen. Soweit sie es für die Übertretungsstrafbehörden im bundesgerichtlichen Verfahren nicht explizit tun, fällt eine Beschwerdebefugnis ausser Betracht. Zu beachten ist aber andererseits, dass es den Kantonen freisteht, die Verfolgung von Übertretungen bei der Staatsanwaltschaft zu belassen (Art. 17 Abs. 1 StPO e contrario). Da die Staatsanwaltschaften – wie sogleich aufgezeigt wird – in vollem Umfang zur Beschwerde berechtigt sind, könnten sie auch in Übertretungsangelegenheiten Beschwerde führen. Mit anderen Worten hätten es die Kantone in der Hand, über ihre Organisationsgesetze eine ansonsten fehlende Beschwerdeberechtigung für Übertretungsstrafbehörden zu schaffen. Ein Ausweg besteht darin, in den Kantonen mit separaten Übertretungsstrafbehörden, eine strafrechtliche Beschwerde durch die (übergeordnete) Staatsanwaltschaft führen zu lassen. So erhob die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das in einer jagdrechtlichen Übertretungssache zuständige Statthalterhalteramt Pfäffikon Beschwerde an das Bundesgericht. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Oberstaatsanwaltschaft, welche die Anklage von der ihr untergeordneten Übertretungsstrafbehörde vertreten liess, als oberste Anklagebehörde die Aufsichts- und Weisungsbefugnisse behielt und zur Beschwerde legitimiert war.⁹⁵ Besteht eine für den ganzen Kanton zuständige Oberstaatsanwaltschaft oder eine vergleichbare Behörde, die für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen hat und Rechtsmittel vor den letzten kantonalen

⁹² SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Praxiskommentar², Art. 81 N 17.

⁹³ Etwa für den Kanton Zürich BGer, StA, 10.12.2013, 6B_950/2013.

⁹⁴ SCHMID, Handbuch², Rz. 1671.

⁹⁵ BGE 134 IV 36 E. 1.3.

Instanzen ergreifen kann, ist jene allein zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert.⁹⁶ Eine Legitimation der einzelnen Staatsanwaltschaften und der Übertretungsstrafbehörden ist in diesen Fällen zu verneinen. In einem Einzelrichterentscheid ist das Bundesgericht auf eine Beschwerde des **Stadtrichteramts** Kloten nicht eingetreten: Der Kanton Zürich habe die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen den Statthalterämtern übertragen, die Befugnisse jedoch ausdrücklich auf kantonale (Rechtsmittel-)Verfahren beschränkt. Die Oberstaatsanwaltschaft vertrete den Kanton vor Bundesgericht (Art. 107 Abs. 1 lit. a GOG/ZH).⁹⁷

Vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes wurde intensiv über den Umfang der **Beschwerdeberechtigung** der Staatsanwaltschaft debattiert. Im ersten Grundsatzurteil hat das Bundesgericht entschieden, dass die (kantonalen) Staatsanwaltschaften umfassend zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sind. Es leitet die Legitimation aus dem staatlichen Strafanspruch ab, den die Staatsanwaltschaft zu vertreten hat. Nach dieser Rechtsprechung hat die Staatsanwaltschaft daher immer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids.⁹⁸ Damit hat das Bundesgericht die Debatte über das Ausmass der staatsanwaltschaftlichen Beschwerdeberechtigung im Sinne der Staatsanwaltschaften entschieden.⁹⁹ Diese kann nunmehr alle Beschwerdegründe nach Art. 95–98 vorbringen, namentlich auch die Verletzung von Grundrechten sowie **Willkür** in der Sachverhaltsfeststellung und in der Anwendung kantonalen Rechts.¹⁰⁰

Das Bundesgericht scheint gewillt, die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft kontinuierlich auszubauen. In einem der ersten Grundsatzentscheide zur neuen Strafprozessordnung hat die I. öffentlich-rechtliche Abteilung entschieden, die Staatsanwaltschaft zur Beschwerde gegen zwangsmassnahmengerichtliche Haftentlassungsentscheide zuzulassen.¹⁰¹ Dieser Entscheid ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang zu bringen. Nach Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO ist die Beschwerde gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nur «*in den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen*» zulässig.

⁹⁶ BGE 142 IV 196 E. 1.5; BGer, StA, 3.2.2014, 6B_949/2013, E. 2; I. ÖRA, 19.7.2017, 1B_160/2017, E. 1 (für den Kanton Bern); StA, 12.2.2014, 6B_909/2013, E. 2 (für den Kanton St. Gallen).

⁹⁷ BGer, StA, 10.12.2013, 6B_950/2013, E. 3.2.

⁹⁸ BGE 134 IV 36 E. 1.4.

⁹⁹ Zu dieser Debatte ausführlich Art. 81 N 7 in der 1. Aufl.

¹⁰⁰ Kritisch hierzu die 1. Aufl, a.a.O.

¹⁰¹ BGE 137 IV 22 E. 1, seither ständige Praxis, etwa BGer, I. ÖRA, 20.6.2017, 1B_172/2017, E. 1.1.

Art. 222 nennt als Haftbeschwerdeberechtigte nur die «*verhaftete Person*».¹⁰² Der Entscheid ist in einem weiteren Kontext so zu verstehen, dass das Bundesgericht die Staatsanwaltschaft je länger je mehr nicht mehr bloss als Parteivertreterin, sondern als objektive Hüterin der richtigen Anwendung bundesrechtlicher Bestimmungen im Straf- und Strafprozessrecht sieht.¹⁰³ Es hat ihre Beschwerdelegitimation respektive ihr Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung in mehreren amtlich publizierten Entscheiden bejaht, etwa betreffend die Beendigung der Untersuchungshaft,¹⁰⁴ das Feststellungsbegehren in Bezug auf eine bundesrechtswidrige Haftentlassung,¹⁰⁵ den Nichtgenehmigungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts (Überwachung mittels Antennensuchlaufes),¹⁰⁶ ein abgewiesenes Gesuch um aufschiebende Wirkung in einem von der Staatsanwaltschaft geführten Beschwerdeverfahren gegen die Beendigung der Untersuchungshaft¹⁰⁷ sowie die Höhe der Entschädigung für die amtliche Verteidigung¹⁰⁸.

Nach der altrechtlichen Bundesgerichtspraxis hatte stets die **oberste kantonale Anklagebehörde** die Beschwerde vor Bundesgericht zu vertreten.¹⁰⁹ Diese Praxis hat das Bundesgericht wohl implizit wie bereits ausgeführt in das neue Recht überführt, indem es im soeben erwähnten Leiturteil die Oberstaatsanwaltschaft an Stelle des vor Vorinstanz aufgetretenen Bezirksstatthalteramts zur Beschwerde zuliess.¹¹⁰ Die Einschränkung auf die obersten Anklagebehörden lässt sich ohne Weiteres mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ist «die Staatsanwaltschaft» und nicht «der Staatsanwalt» zur Beschwerde legitimiert. Das Beschwerderecht steht somit der kantonalen Anklagebehörde und nicht der Person des Anklägers zu. Wer die kantonale Anklagebehörde vor

¹⁰² Gleich OGer AG, Beschwerdekammer in Strafsachen, 22.2.2011, SBK.2011.38, E. 3.

¹⁰³ Weitere Kritik bei GOLDSCHMID, *forum* poenale 3/2011, 143 f.; THOMMEN, *forum* poenale 3/2011, 144 f.;

MINI, *RtID* 2011 I 295 ff. und 2015 I 478 ff., 490. ■ Lit.verz. ■

¹⁰⁴ BGE 137 IV 230 E. 1; zum Vorgehen der Staatsanwaltschaft im kant. Beschwerdeverfahren, damit sie die Freilassung des Beschuldigten bis zum Entscheid der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz über die vorsorgliche Inhaftierung verhindern kann: BGE 138 IV 92 E. 3.

¹⁰⁵ BGE 137 IV 87 E. 1.

¹⁰⁶ BGE 137 IV 340 E. 2.3.

¹⁰⁷ BGE 137 IV 237.

¹⁰⁸ BGE 139 IV 199 E. 2.

¹⁰⁹ BGE 131 IV 142; dazu Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 81 N 27.

¹¹⁰ BGE 134 IV 36 E. 1.3.

Bundesgericht vertritt, ist im kantonalen Gerichtsorganisationsrecht geregelt (vgl. etwa § 107 Abs. 1 lit. a GOG/ZH).

4. Bundesanwaltschaft (Ziff. 3)

Die Staatsanwaltschaft ist zur Beschwerde berechtigt (Ziff. 3). Der Terminus 18 «Staatsanwaltschaft» umfasst als Oberbegriff die kantonalen Staatsanwaltschaften und die Bundesanwaltschaft. Art. 7 StBOG bestimmt: «**Staatsanwaltschaft des Bundes ist die Bundesanwaltschaft.**» Diese Bestimmung ist terminologisch verwirrend. Unter früherem Recht gab es auf Bundesebene den Bundesanwalt, die stellvertretenden Bundesanwälte und die «Staatsanwälte des Bundes».¹¹¹ Auf Bundesebene war die Beschwerdeberechtigung damit nicht auf die oberste Anklagebehörde beschränkt: Es wurden nicht nur der **Bundesanwalt**, sondern auch seine Stellvertreter und die **Staatsanwälte des Bundes** zur Beschwerde zugelassen.¹¹² Diese Praxis bezog sich auf die Staatsanwälte des Bundes, die vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung bundesanwaltschaftliche Aufgaben wahrnahmen. Die Ungleichbehandlung kantonalen und eidgenössischer Anklagebehörden war nicht überzeugend. Die hierfür angegebene Begründung, dass die Staatsanwälte des Bundes im Namen respektive an Stelle des Bundesanwalts Beschwerde führen, ist nicht stichhaltig, zumal die kantonalen Staatsanwälte auch dann nicht zur Beschwerde zugelassen werden, wenn sie im Namen der Oberstaatsanwaltschaft auftreten.

De lege lata sind dem Bundesanwalt (Art. 9 StBOG) stellvertretende Bundesanwälte (Art. 10 StBOG), leitende Staatsanwälte (Art. 11 StBOG) und Staatsanwälte (Art. 12 StBOG) unterstellt. Wenn nun Art. 7 StBOG bestimmt, dass die Bundesanwaltschaft die «Staatsanwaltschaft des Bundes» ist, dann ist damit gemeint, dass die Befugnisse, welche die schweizerische Strafprozessordnung den (kantonalen) Staatsanwaltschaften einräumt, auf Bundesebene von der Bundesanwaltschaft wahrzunehmen sind. Die Untersuchungs- und Anklagebehörde wird in der Strafprozessordnung konsequent «Staatsanwaltschaft» genannt (Art. 14 und 16 StPO). Damit

¹¹¹ BGE 133 IV 187 E. 2.1; Art. 2 Abs. 1 lit. g BPV (aufgehoben mit Wirkung seit 1.1.2011).

¹¹² BGE 133 IV 187 E. 2.1; Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 81 N 28; ferner Art. 2 Abs. 1 lit. g BPV (aufgehoben mit Wirkung seit 1.1.2011); vgl. auch BGer, StA, 26.10.2005, 6S.50/2005, E. 1.4, wo auch der «stellvertretende Leiter des Rechtsdienstes» als Vertreter des Bundesanwalts akzeptiert wurde, anders aber BGer, StA, 27.2.2014, 6B_692/2013, E. 1.3.

steht auch fest, dass Art. 7 StBOG nicht besagt, dass die bisherigen «Staatsanwälte des Bundes» als Bundesanwälte gelten.

19 In den vorliegenden Kontext der Beschwerdeberechtigung gerückt, ist die Bundesanwaltschaft im Normalfall zur Anfechtung eines bundesstrafgerichtlichen Urteils somit nach Art. 81 Abs. 1 lit. b **Ziff. 3** als «Staatsanwaltschaft» (des Bundes) zur Beschwerde legitimiert.

Art. 81 erklärt im Übrigen auch in Abs. 1 Ziff. 7 und Abs. 2 die «Staatsanwaltschaft des Bundes» für beschwerdeberechtigt. Auch dort wird die Bundesanwaltschaft nicht von der Beschwerde ausgeschlossen. Vielmehr soll klargestellt werden, dass *nur* die Bundesanwaltschaft und *nicht* die kantonalen Staatsanwaltschaften in Verwaltungsstrafsachen (Ziff. 7), Mitteilungs- und Delegationsangelegenheiten (Abs. 2) zur Beschwerde berechtigt ist (vgl. dazu N ■ und ■).

5. Privatstrafkläger (ehemals Ziff. 4)

20 Die Privat**straf**klägerschaft darf nicht mit der **Privat**klägerschaft verwechselt werden. Die Privatstrafklägerschaft war ein Institut vieler kantonaler Prozessordnungen, bei dem der Staat die Strafverfolgung und Anklage insbesondere für Ehrverletzungs- oder andere Antragsdelikte an den Geschädigten abtrat.¹¹³ Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO, N ■). Während es also bei der Privatstrafklägerschaft um die Führung eines Strafverfahrens in den Formen des Zivilprozesses ging (Form des Strafverfahrens), soll mit dem Institut der Privatklägerschaft privaten Deliktsbetroffenen die volle Parteistellung in Strafverfahren verschafft werden (Teilhabe an Strafverfahren).

21 Da das Institut der Privat**straf**klägerschaft Elemente des Zivil- und Strafverfahrens in fragwürdiger Weise kombinierte, wurde es mit der schweizerischen Strafprozessordnung abgeschafft.¹¹⁴ Konsequenterweise wurde auch die Bestimmung zur Legitimation der Privatstrafklägerschaft ersatzlos gestrichen.¹¹⁵ Sie wird hier nicht mehr behandelt.¹¹⁶ Auf die Legitimation der Privatklägerschaft wird in der Folge im Detail eingegangen.

¹¹³ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1111.

¹¹⁴ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1111 f.

¹¹⁵ AS 2010 1881, 2022.

¹¹⁶ Zur Legitimation der Privatstrafklägerschaft unter altem Recht vgl. Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 in der 1. Aufl. N 8 sowie: BGE 62 I 55; 110 IV 114 E. 1a; 128 IV 39 E. 2; 128 IV 37 E. 3; 127 IV 236 E. 2b; 136 IV 29; BGer,

6. Privatkläger (Ziff. 5)¹¹⁷

a) Zivil- und Strafkläger^{header=skip}

^{header2="21a – 21c"}Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die 21a ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Die Konstituierungserklärung kann gemäss Art. 119 Abs. 2 StPO kumulativ oder alternativ auf die Verfolgung/Bestrafung des Beschuldigten (Strafklage) und die adhäsionsweise geltend gemachten privatrechtlichen Ansprüche (Zivilklage) gerichtet sein. Der Begriff der Privatklägerschaft ist damit als Oberbegriff für Strafkläger, Zivilkläger sowie Straf- und Zivilkläger zu verstehen.

Nach der geltenden Fassung von Art. 81 Abs. 1 Ziff. 5 ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde 21b in Strafsachen berechtigt, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Privatklägerschaft, welche sich lediglich als **Strafklägerin** und nicht als Zivilklägerin konstituiert hat, grundsätzlich nicht zur Beschwerde in Strafsachen zugelassen.¹¹⁸ Der angefochtene Entscheid könne sich nicht auf die Beurteilung ihrer adhäsionsweise geltend gemachten bzw. noch geltend zu machenden Zivilforderungen nicht^{2x nicht?} auswirken.¹¹⁹

^{header2="21a – 21c"}Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Es ist nicht 21c ersichtlich, inwiefern sich ein Strafurteil nur auf die Zivilansprüche eines Geschädigten auswirken kann, wenn diese *adhäsionsweise* geltend gemacht werden. Eine Auswirkung ist auch möglich, wenn die privatrechtlichen Ansprüche ausserhalb des Strafverfahrens in einem Zivilprozess geltend gemacht werden. Zwar statuiert Art. 53 OR im Bereich der Schuld und der Schadensbemessung die Unverbindlichkeit strafrechtlicher Erkenntnisse für den Zivilrichter. Bei

StA, 16.11.2005, 6S.159/2005, E. 1; StA, 18.5.2005, 6S.125/2005, E. 2; zum prinzipialen Privatstrafklageverfahren: HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, 435 ff.

¹¹⁷ Die Ausführungen zur Privatklägerschaft (6., N ■), zum Opfer (7., N ■) sowie zu den einfachen Geschädigten (8., N ■) gehen auf meinen Beitrag „Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht“ in der FS-Wiprächtiger von 2011 zurück. Die Kommentierung reflektiert daher in weiten Teilen nur meine persönliche Auffassung zur deren Beschwerdelegitimation, nicht jedoch diejenige meines Co-Autors Roberto Faga, weshalb ich für diesen Teil als alleiniger Autor erscheine.

¹¹⁸ Zu den Ausnahmen nach der «Star-Praxis» vgl. N ■ und ■.

¹¹⁹ BGer, StA, 13.8.2014, 6B_481/2014, E. 5; StA, 3.3.2015, 6B_1082/2014, E. 1.4; I. ÖRA, 15.6.2011, 1B_200/2011, E. 2.6; StA, 13.2.2015, 6B_1168/2014, E. 1.2.

einem rein grammatikalischen Verständnis dieser Bestimmung wäre der Privatkläger jedoch vollständig von der Beschwerde in Strafsachen ausgeschlossen. Wenn der Zivilrichter nicht an das strafgerichtliche Erkenntnis gebunden ist, kann dieses per definitionem keine Auswirkungen auf den Zivilpunkt haben. Das Bundesgericht geht jedoch davon aus, dass der Zivilrichter «faktisch an den Strafscheid gebunden ist».¹²⁰ «Il suffit (...) si le juge civil, même si rien ne l'y contraint, se sent lié par arrêt rendu au pénal.»¹²¹ Im Übrigen leitet das Bundesgericht aus Art. 53 OR e contrario ab, dass der Entscheid des Strafrichters hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen für den Zivilrichter massgebend sein kann.¹²² Zudem muss sich ein Entscheid nicht tatsächlich auf die Beurteilung der Zivilansprüche auswirken. Für die Beschwerdelegitimation nach Art. 81 Abs. 1 Ziff. 5 reicht vielmehr die *blosse Möglichkeit einer Auswirkung*.¹²³ Eine solche dürfte bei Vorliegen eines Strafurteils im Zivilprozess stets gegeben sein, wird der Zivilrichter die Erkenntnisse der Strafbehörden doch zumindest berücksichtigen und nicht ohne triftigen Grund von den Ergebnissen der Strafuntersuchung abweichen.¹²⁴ Es bleibt demnach zu hoffen, dass das Bundesgericht inskünftig seine Legitimationspraxis auf Strafkläger, welche nicht auch Zivilkläger sind, ausdehnt.

b) Opfer und Geschädigte

- 22 Sind die Konstituierungsvoraussetzungen erfüllt (Art. 118 ff. StPO), kommen als Privatkläger sowohl Opfer (Art. 116 StPO) als auch «einfache Geschädigte» (Art. 115 StPO) in Frage. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b. Ziff. 5 in der ab 1.1.2011 geltenden Fassung des Bundesgerichtsgesetzes ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde berechtigt, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann. Diese Bestimmung ist insofern neu, als Art. 81 Abs. 1 lit. b. Ziff. 5 in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung des Bundesgerichtsgesetzes nur das in seinen Zivilforderungen gefährdete *Opfer* explizit zur Beschwerde ermächtigte. Die Legitimation der Privatklägerschaft bestimmt sich nach der neuen Fassung des

¹²⁰ BGE 120 Ia 101 E. 2e; 120 IV 44 E. 6; s.a. FS RIKLIN-NAY, 463 f.

¹²¹ BGE 119 IV 339 E. 1d/cc

¹²² BGE 136 IV 29 E. 1.7.2.

¹²³ BGE 119 IV 339 E. 1d/cc; 120 IV 44 E. 6.

¹²⁴ S.a. Handkommentar OR-MÜLLER, Art. 53 N 19. ■ Lit.verz? ■

Bundesgerichtsgesetzes, wenn der angefochtene Entscheid nach dem 31.12.2010 ausgefällt wurde.¹²⁵

Mit der Frage nach der Beschwerdeberechtigung der Privatklägerschaft ist eines der 23 umstrittensten und komplexesten Legitimationsprobleme in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angesprochen. Es geht um die Frage, inwiefern einfache Geschädigte und Opfer zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sind. Die Opfer- und die Geschädigtenlegitimation lassen sich nur vor dem Hintergrund ihrer gesetzeshistorischen Entwicklung verstehen.¹²⁶

c) Gesetzgebungsgeschichte

Mit dem Inkrafttreten des **Opferhilfegesetzes** im Jahre 1993 wurden die Geschädigten und damit 24 natürlich auch die Opfer zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert.¹²⁷ Im Rahmen der Teilrevision der Bundesrechtspflege zur **Entlastung des Bundesgerichts** wurde die Beschwerdelegitimation per 1.1.2001 auf Opfer im engeren Sinne eingeschränkt.¹²⁸ Begründet wurde diese Einschränkung damit, dass keine Gründe für eine derart weit gefasste Geschädigtenlegitimation ersichtlich seien.¹²⁹ Seit 2001 waren die Geschädigten somit nicht mehr zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert,¹³⁰ wobei zu präzisieren ist, dass dies nur für die Anfechtung des Strafpunkts galt. Im Zivilpunkt waren die Geschädigten weiterhin zur Beschwerde legitimiert.¹³¹

In der parlamentarischen Beratung zum **Bundesgerichtsgesetz** (2005) verlangte Nationalrat D. 25 VISCHER, die Legitimation auf die einfachen Geschädigten auszudehnen. Der Bundesrat hielt fest, dass die explizite Erwähnung der Geschädigten nicht notwendig sei. Die Liste in Art. 81 sei

¹²⁵ BGer, StA, 11.12.2012, 6B_28/2012, E. 1.2.

¹²⁶ Eingehend: FS RIKLIN-NAY, 460 ff.; N ■.

¹²⁷ Vgl. Art. 270 Abs. 1 aBStP in der durch das Opferhilfegesetz vom 4.10.1991 eingefügten Fassung, BBl 1991 III 1470; eingehend BGE 136 IV 29 E. 1.4.

¹²⁸ Art. 270 lit. e aBStP in der Fassung gemäss Ziff. II 3 des BG vom 23.6.2000, in Kraft seit 1.1.2001 (AS 2000 2719, 2724; BBl 1999 9518, 9606), mit Inkraftsetzung der Strafprozessordnung aufgehoben.

¹²⁹ Vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 4. und 8.9.1999 zur Teilrevision des Bundesrechtspflegegesetzes zur Entlastung des Bundesgerichts, BBl 1999 9524.

¹³⁰ BGer, StA, 265.2003, 6S.709/2000, E. 3.1; BGE 129 IV 206 E. 1.

¹³¹ Art. 271 und 277^{quater} aBStP; eingehend zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Geschädigtenlegitimation: BGE 136 IV 29 E. 1.4; zur Terminologie: In der vorliegenden Kommentierung wird zwischen Straf- und Zivilpunkt unterschieden. Innerhalb des Strafpunkts wird zwischen Schuld- und Bestrafungspunkt differenziert.

nicht abschliessend. Zur Beschwerdelegitimation werde einzig die Teilnahme vor Vorinstanz und ein rechtlich geschütztes Interesse verlangt. Es sei somit möglich, die Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen zuzulassen. Ferner würden die Geschädigten nach dem Entwurf zur Schweizer Strafprozessordnung ohnehin zur Beschwerde zugelassen, sofern sie sich als Privatkläger konstituierten.¹³² Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005 war zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, «*wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere... 5. das Opfer, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann*». ¹³³

26 Das **Bundesgericht** entschied am 5.7.2007 gleich im ersten Grundsatzurteil zum neuen Bundesgerichtsgesetz, an der Praxis zum alten Recht festzuhalten und die Geschädigten nicht zur Beschwerde im Strafpunkt zuzulassen.¹³⁴ Diesen fehle ein rechtlich geschütztes Interesse, weil der Strafanspruch dem Staat und nicht dem Individuum zustehe.¹³⁵ Wer nicht Opfer ist, konnte deshalb nach der Praxis des Bundesgerichts einen Entscheid grundsätzlich¹³⁶ «*weder im Schuldpunkt noch im Strafpunkt [recte: Bestrafungspunkt] anfechten*». ¹³⁷ Dieser prinzipielle Ausschluss ist nur schon deshalb problematisch, weil die Liste der beschwerdeberechtigten Personen nicht abschliessend ist.¹³⁸ Nach der Konzeption des Gesetzgebers soll die Beschwerdeberechtigung einzig vom Nachweis der Verfahrensteilnahme und rechtlich geschützter Interessen abhängig sein.

27 Die **schweizerische Strafprozessordnung** vom 5.10.2007 sah vor, den Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen zu legitimieren. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b sollte zur Beschwerde in Strafsachen neu auch berechtigt sein, «*5. die Privatklägerschaft, soweit sie nach der*

¹³² www.parlament.ch, Curia vista, Geschäft: 06.3097.

¹³³ AS 2006 1205, 1227.

¹³⁴ Zum bisherigen Geschädigtenausschluss DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 N 2632.

¹³⁵ BGE 133 IV 228 E. 2; zu Recht kritisch FS RIKLIN-NAY, 460.

¹³⁶ Zu den Ausnahmen nach der «Star-Praxis» vgl. ■ N 43 ff. und 58 ff.

¹³⁷ Botschaft StBOG BBl 2008 8125 ff., 8182; zur Terminologie («Schuld- und Strafpunkt») ■ Art. 81 N 50.

¹³⁸ Vgl. DONATSCH/CAVALLO, SJZ 2010, 404; kritisch zur Begründung auch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 N 2568.

Strafprozessordnung zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist.¹³⁹ Damit wurde für die Beschwerde in Strafsachen nachvollzogen, was für das neue Strafverfahren ganz allgemein gelten sollte: Eine umfassende Rechtsmittellegitimation der Privatklägerschaft. Dies war nichts anderes als die logische Konsequenz des Konzepts, die Privatklägerschaft als Partei mit dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft auf Augenhöhe zu stellen. Hierzu hielt der Bundesrat in der Botschaft zur Strafprozessordnung fest: *«Mit dieser relativ grosszügigen Regelung entfällt die nicht befriedigende Unterscheidung zwischen der Rechtsmittellegitimation der «gewöhnlichen» Privatklägerschaft einerseits und derjenigen der Opfer.»*¹⁴⁰ Opfer und Geschädigte sollten danach Entscheide umfassend, also hinsichtlich Schuld-, Zivil-, Entschädigungs- und Kostenpunkt, anfechten können. Ausgenommen war einzig der Bestrafungspunkt.¹⁴¹ Nach Art. 382 Abs. 2 StPO kann die Privatklägerschaft einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten.

Das Bundesgericht jedoch *«setzte sich dafür ein, dass [...] die Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen auf das Opfer beschränkt wird»*,¹⁴² worauf diese Neuregelung der Legitimation bereits vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung wieder geändert wurde. Nach dem Entwurf zum **Strafbehördenorganisationsgesetz** sollte zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sein, *«wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere: ... 5. das Opfer, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann»*.¹⁴³ Diese Entwurfsversion entsprach somit dem Wortlaut von Art. 81 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005.¹⁴⁴ Mit der Rückkehr zur bisherigen Formulierung sollte dem Bundesgericht ermöglicht werden, seine Praxis zum Beschwerdeausschluss des einfachen Geschädigten fortzusetzen.¹⁴⁵ Gemäss der **Botschaft zum Strafbehördenorganisationsgesetz**

¹³⁹ AS 2010 1881, 2022; s. bereits Entwurf zur schweizerischen Strafprozessordnung, BBl 2006 1389 ff., 1532; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. auch JEANNERET, ZStrR 2010, 316f.

¹⁴⁰ Botschaft StPO BBl 2006 1085 ff., 1308, 1336.

¹⁴¹ Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8182.

¹⁴² Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, 15 (bger.ch/gb2009_bger_d.pdf); vgl. Votum Ständerat C. JANIÄK, Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598.

¹⁴³ BBl 2008 8189, 8210f.

¹⁴⁴ AS 2006 1205, 1227.

¹⁴⁵ Vgl. Votum Ständerat C. JANIÄK, Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598.

sollte damit einer erneuten Überbelastung des Bundesgerichts entgegengewirkt werden. Zu beachten sei aber auch, dass der Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 lit. b und insbesondere die Tatsache, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist, es dem Bundesgericht erlauben, auch jener Privatklägerschaft, welche nicht Opfer ist, in bestimmten Fällen die Beschwerdeberechtigung zuzuerkennen.¹⁴⁶

- 29 Während der **Ständerat** dem bundesrätlichen Entwurf noch folgte, erweiterte der Nationalrat die Legitimation vom Opfer auf die Privatklägerschaft unter der Einschränkung, dass sich *«der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann»*. Im Differenzbereinigungsverfahren hielt der Ständerat an der bundesrätlichen Version, also der Einschränkung der Legitimation auf Opfer, fest. Dagegen wehrte sich der **Nationalrat** erfolgreich und mit 131 zu 22 Stimmen auch sehr deutlich, sodass sich schliesslich eine *«Mittellösung»*¹⁴⁷ (NR Vischer) respektive *«Zwischenlösung»*¹⁴⁸ (BR Widmer-Schlumpf) durchsetzte, welche zwischen der umfassenden durch die Strafprozessordnung eingeführten Beschwerdelegitimation einerseits und der vom Bundesrat vorgeschlagenen Weiterführung des bisherigen Geschädigtenausschlusses vermitteln sollte.¹⁴⁹ Gemäss dem nunmehr geltenden Art. 81 Abs. 1 lit. b in der Version des **Strafbehördenorganisationsgesetzes** vom 19.3.2010 (StBOG) ist zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt: *«5. die Privatklägerschaft, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann»*.¹⁵⁰ Die Justizministerin hat in ihrem Schlussvotum bereits darauf hingewiesen, dass diese Lösung nicht *«ganz klar»* sei und zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könne.¹⁵¹ Unabhängig von diesen Schwierigkeiten ist aufgrund der dargestellten Gesetzgebungsgeschichte jedenfalls klar, dass der Gesetzgeber die Beschwerdelegitimation gegenüber dem geltenden Recht erweitern wollte. Mit

¹⁴⁶ Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8182 f.

¹⁴⁷ Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 124.

¹⁴⁸ Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160.

¹⁴⁹ Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweitrat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

¹⁵⁰ AS 2010 3267, 3294.

¹⁵¹ Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160.

der «Mittel-» respektive «Zwischenlösung» entfernte sich der Gesetzgeber bewusst vom bisher praktizierten Ausschluss der Beschwerde.

In der Folge wird deshalb anhand der Rechtsprechung zum alten Recht untersucht, unter welchen 30 Voraussetzungen Opfer (N 10 ff.) und einfache Geschädigte (N 13h ff.) bisher zur Beschwerde in Strafsachen zugelassen waren. Vor diesem Hintergrund zeigt sich, in welchen Bereichen die vom Gesetzgeber vorgegebene Erweiterung der Beschwerdezulassung verwirklicht werden könnte. Zu beachten ist, dass derzeit (erneut) Vernehmlassungen laufen, welche die Legitimation der einfachen Geschädigten einschränken wollen (vgl. dazu N ■).

7. Opfer (Ziff. 5)¹⁵²

a) Allgemeine Legitimationsvoraussetzungen

Ein Opfer, das sich gegen einen letztinstanzlichen Entscheid zur Wehr setzen will, muss vier 31 Voraussetzungen erfüllen:

- Erstens muss das Opfer die **allgemeinen Beschwerdevoraussetzungen** erfüllen. Danach ist zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 81 Abs. 1 lit. a)¹⁵³ und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (lit. b) hat. Hierzu wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass die Privatklägerschaft nicht alleine aufgrund ihrer Parteistellung (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO) Teilnehmerin am vorinstanzlichen Verfahren ist, sondern dass sie ihre Verfahrensteilnahme zumindest in der Stellung von **Anträgen** manifestiert haben muss (vgl. Kommentierung zu Art. 81 Abs. 1 lit. a, N ■).¹⁵⁴ Die *allgemeine* Voraussetzung des rechtlich geschützten Interesses wird bei der Privatklägerschaft (weitestgehend)¹⁵⁵ durch das *besondere* Erfordernis

¹⁵² Die Ausführungen zur Privatklägerschaft (6., N ■), zum Opfer (7., N ■) sowie zu den einfachen Geschädigten (8., N ■) gehen auf meinen Beitrag „Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht“ in der FS-Wiprächtiger von 2011 zurück. Die Kommentierung reflektiert daher in weiten Teilen nur meine persönliche Auffassung zur deren Beschwerdelegitimation, nicht jedoch diejenige meines Co-Autors Roberto Faga, weshalb ich für diesen Teil als alleiniger Autor erscheine.

¹⁵³ Hierzu grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 144; zur Verfahrensteilnahme ferner KOLLY, pourvoi en nullité, 30f.; N ■.

¹⁵⁴ A.A. noch die Voraufgabe, N 3.

¹⁵⁵ Zu den Ausnahmen von der Zivilanspruchsrelevanz vgl. die Ausführungen zur «Star-Praxis» N 13d.

von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 konkretisiert, wonach der «*angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche*» muss auswirken können (vgl. hierzu N 3).

- Zweitens muss der Beschwerdeführer **Opfer** i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OHG respektive Art. 116 StPO sein. Danach gilt als Opfer die geschädigte Person, die nach bindender vorinstanzlicher Tatsachenfeststellung durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist.¹⁵⁶ Ohne solch bindende Feststellungen muss das Opfer die die Opferstellung begründenden Verletzungen lediglich (glaubhaft) vorbringen.¹⁵⁷
- Drittens muss sich das Opfer im kantonalen Verfahren als **Privatklägerschaft konstituiert** haben (Art. 118 ff. StPO).¹⁵⁸ Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 setzt die Privatklägerstellung explizit voraus und ist für die *Opfer* insoweit sogar noch strenger als der bundesrätliche Entwurfsvorschlag und das Bundesgerichtsgesetz in der Fassung vom 17.6.2005.¹⁵⁹ Letztere liessen das Opfer bei gefährdeten Zivilforderungen auch unabhängig von einer Konstituierung als Privatkläger zur Beschwerde zu. In der Sache dürfte sich freilich nicht viel ändern, zumal das Opfer bereits bisher über die allgemeine Voraussetzung der Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz Interesse am Verfahren bekundet haben musste. Auch vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes war das Opfer nur zur Beschwerde im Strafpunkt berechtigt, wenn es seine Zivilansprüche im Strafverfahren bereits geltend gemacht, sich mithin als Privatkläger am Verfahren beteiligt hatte. Zur Anfechtung gerichtlich bestätigter Einstellungsbeschlüsse war das Opfer indes unabhängig davon legitimiert, ob es bis zu diesem Zeitpunkt im Strafverfahren Zivilforderungen geltend gemacht hatte, sofern es im Verfahren

¹⁵⁶ Zum Opferbegriff vgl. BGE 131 I 455 E. 1.2.2; 129 IV 216 E. 1 (Tätlichkeiten gegen Kinder); 131 IV 78 E. 1.2 (Opferstellung bei Rassendiskriminierung), BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Fahrradunfall); s.a. SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, Rz. 100 ff.

¹⁵⁷ BGer, StA, 30.8.2007, 6B_206/2007, E. 2 m.Hinw. auf BGE 126 IV 147 E. 1; abweichend: BGE 127 IV 189 E. 2a.

¹⁵⁸ Wegen der Abkoppelung der Rechtsmittelbefugnisse gemäss Bundesgerichtsgesetz von den jenen der Strafprozessordnung warf SCHMID, Handbuch², Rz. 1672 i.f., die berechtigte Frage auf, ob die Konstituierung noch vorausgesetzt werden kann. Zu beachten ist jedoch, dass SCHMIDS Einwand noch auf der Basis der letztlich verworfenen Opferlegitimation gemäss E-StBOG basiert. De lege lata kann (Legitimation der Privatklägerschaft im Rahmen der Zivilanspruchsrelevanz, Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5) die Konstituierung u.E. vorausgesetzt werden.

¹⁵⁹ BBl 2008 8189, 8210 f.

vor Bundesgericht dargelegt hatte, aus welchen Gründen sich der angefochtene Entscheid inwiefern auf welche Zivilforderungen auswirken kann.¹⁶⁰ Diese Rechtsprechung wurde für das neue Recht bestätigt.¹⁶¹

- Viertens muss sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung der **Zivilforderungen** der Privatklägerschaft auswirken können (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5).¹⁶² Die Voraussetzung der **Zivilanspruchsrelevanz** ist die eigentliche Krux der Opferlegitimation. Fünf Konstellationen werden in der Folge im Detail abgehandelt: Die Legitimation des Opfers im Zivilpunkt (N 12), im Schuldpunkt (N 12a) und im Bestrafungspunkt (N 12d), sodann die (angeblich) fehlenden Auswirkungen auf den *Zivilpunkt* bei Opfern, die durch Beamte verletzt wurden (N 13) und schliesslich die Legitimation des Opfers zur Geltendmachung von Verfahrensrechten (N 13d).

b) Legitimation des Opfers im Zivilpunkt

Bei der Legitimation im Zivilpunkt geht es streng genommen nicht um «*Auswirkungen*» des 32 Strafurteils auf den Zivilpunkt i.S.v. Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5, sondern um den Zivilpunkt selbst. Es sind dies Fälle der Anfechtung von **Adhäsionsansprüchen**, die im Strafverfahren letztinstanzlich mitbeurteilt wurden. Soweit die Voraussetzungen zur Anfechtung zivilrechtlicher (Adhäsions-) Ansprüche mit der Beschwerde in Strafsachen erfüllt sind (vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. a), ist auch das Opfer hierzu berechtigt. Im Zivilpunkt war das Opfer stets zur Beschwerde legitimiert.¹⁶³

c) Legitimation des Opfers im Schuldpunkt

Auch der Schuldpunkt kann sich auf die Zivilforderungen des Opfers auswirken. In der 33 vorliegenden Kommentierung wird terminologisch zwischen Zivil- und Strafpunkt unterschieden. Innerhalb des Strafpunkts wird zwischen Schuld- und Bestrafungspunkt

¹⁶⁰ BGE 120 IV 44 E. 4; 127 IV 185; 131 IV 195 E. 1.2.2.

¹⁶¹ BGer, StA, 14.6.2010, 6B_260/2010, E. 1.2; BGE 137 IV 246 E. 1.3.1.

¹⁶² BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Wirkungen eines Freispruchs auf die Opferforderungen); zur Tangierung der Zivilansprüche grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 150 ff.; s.a. DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 N 2616.

¹⁶³ BGE 129 IV 149 E. 2.1; BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1; Art. 271 und 277^{quater} aBStP; vgl. ferner BGer, StA, 30.8.2006, 6S.13/2006, E. 3; zur Anfechtung des Zivilpunkts im Übrigen vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. a.

differenziert. Der insoweit strafrechtsdogmatisch untechnisch verwendete Ausdruck des «Schuldpunkts» umfasst alle Elemente der Strafbarkeit: Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Ob der Angeklagte objektiv und subjektiv tatbestandsmässig handelt, er schuldig oder frei gesprochen, das Verfahren eingestellt,¹⁶⁴ ob ihm ein Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgrund zugestanden oder, ob auf fahrlässige oder vorsätzliche Tatbegehung erkannt wird, sind alles Umstände, die sich im Zivilpunkt niederschlagen können. Ebenso hat das Opfer wegen möglicher Auswirkungen auf seine Zivilforderungen ein rechtlich geschütztes Interesse an der Rüge, es sei zu Unrecht ein privilegierter oder ein falscher Tatbestand angewendet oder eine Tatbestandsqualifizierung verneint worden.¹⁶⁵

- 34 **Art. 53 OR** bestimmt unter dem Titel «**Verhältnis zum Strafrecht**», dass das Gericht bei der Beurteilung der Schuld und der Urteilsfähigkeit nicht gebunden ist an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht (Abs. 1). Ebenso wenig ist das strafgerichtliche Erkenntnis in Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter verbindlich (Abs. 2). Bei einem rein grammatikalischen Verständnis dieser Bestimmung wäre die Opferlegitimation nie gegeben. Wenn der Zivilrichter nicht an das strafgerichtliche Erkenntnis gebunden ist, kann dieses per definitionem keine Auswirkungen auf den Zivilpunkt haben. Das Bundesgericht geht jedoch davon aus, dass der Zivilrichter «*faktisch an den Strafentscheid gebunden ist*».¹⁶⁶ «*Il suffit (...) si le juge civil, même si rien ne l'y contraint, se sent lié par arrêt rendu au pénal.*»¹⁶⁷ Im Übrigen leitet das Bundesgericht aus Art. 53 e contrario ab, dass der Entscheid des Strafrichters hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen für den Zivilrichter massgebend sein kann.¹⁶⁸ Damit ist der Weg geebnet für eine Legitimation des Opfers im Schuldpunkt.¹⁶⁹

35

¹⁶⁴ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Anfechtung Freispruch); BGE 131 I 455 E. 1.2.1 (Nichteröffnung einer Strafuntersuchung gegen Polizeibeamte); 129 IV 216 E. 1 (Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung).

¹⁶⁵ BGE 120 IV 44 E. 6.

¹⁶⁶ BGE 120 Ia 101 E. 2e; 120 IV 44 E. 6; s.a. FS RIKLIN-NAY, 463 f.

¹⁶⁷ BGE 119 IV 339 E. 1d/cc

¹⁶⁸ BGE 136 IV 29 E. 1.7.2.

¹⁶⁹ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Wirkungen eines Freispruchs auf die Opferforderungen); zur Tangierung der Zivilansprüche grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 150 ff.

Weil hier bereits unter bisherigem Recht ein Beschwerderecht des Opfers im Schuldpunkt bestand, kann sich die vom Gesetzgeber angestrebte Ausweitung der Legitimation nicht auf Anfechtungen im Schuldpunkt beziehen.

d) Legitimation des Opfers im Bestrafungspunkt

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Opfer «im Strafpunkt» nicht beschwerdelegitimiert.¹⁷⁰ 36
«Au regard de la loi, l'action pénale appartient au ministère public, qui est dès lors en principe le seul à pouvoir remettre en cause une décision favorable au prévenu.»¹⁷¹ Genau genommen geht es dabei um den **Bestrafungspunkt**. Der Begriff «Strafpunkt» ist allgemeiner und umfasst – als Gegensatz zum Zivilpunkt – den Schuldpunkt und den Bestrafungspunkt. Der Bestrafungspunkt betrifft die Rechtsfolgenseite des Urteils, also die ausgesprochene Geld- oder Freiheitsstrafe sowie die Massnahmen.

Der Beschwerdeausschluss des Opfers wird damit begründet, dass ihm ein rechtlich geschütztes 37
Interesse zur Anfechtung der Bestrafung fehle. Der Strafanspruch obliege dem Staat.¹⁷² Nach einer weiteren (allerdings schwer verständlichen) Begründung könne das Opfer die Art und Höhe der Strafe nicht anfechten, weil hier die Täter- und nicht die Opfersituation massgeblich sei.¹⁷³ Dass Privatklägern und damit auch Opfern im Bestrafungspunkt ein Rechtsschutzinteresse fehlt, ergibt sich auch aus Art. 382 Abs. 2 StPO: «Die Privatklägerschaft kann einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten». Richtig ist, dass es keinen Einfluss auf Zivilforderungen des Geschädigten hat, ob der Täter eine bedingte oder unbedingte Freiheits- oder Geldstrafe auferlegt bekommt.¹⁷⁴ Bereits für die Strafzumessung ist dies jedoch weit weniger eindeutig. Werden dem Täter Verminderungen der Schuldfähigkeit zugestanden (Art. 19 Abs. 2 StGB) oder ein Handeln unter Drohungen, grosser seelischer Belastung, auf Provokation oder Veranlassung angenommen (Art. 48 StGB), so werden damit Umstände

¹⁷⁰ Vgl. bereits BGE 119 IV 339 E. 1d/cc.

¹⁷¹ BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.1.

¹⁷² So für den Geschädigten explizit: BGE 133 IV 228 E. 2; BGer, StA, 19.2.2007, 6B_5/2007, E. 1; zu Recht kritisch FS RIKLIN-NAY, 460 ff.; BGE 120 Ia 101 E. 2e a.E.

¹⁷³ BGE 120 IV 44 E. 6.

¹⁷⁴ So bereits BGE 119 IV 339 E. 1d/cc; s.a. SCHMID, ZStrR 2006, 186 m.Hinw. auf E-StPO (dazu Botschaft StPO BBl 2006 1308).

gerichtlich festgestellt, die nicht nur für die Bemessung der Strafe, sondern auch des Schadenersatzes von Bedeutung sind (vgl. Art. 43 f. OR).

- 38 Soweit es um den Bestrafungspunkt geht, ist es zu einfach, das Rechtsschutzinteresse des Opfers lediglich unter Verweis auf den staatlichen Strafanspruch zu verneinen. Auszugehen ist deshalb von der ratio legis. Gemäss Bundesgericht wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der Legitimation die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen und nicht von Rachegehlüsten ermöglichen: «*Le lésé ne saurait se pourvoir en nullité en invoquant un désir de vengeance, sans rapport avec sa créance en réparation.*»¹⁷⁵ Deshalb könne sich das Opfer nicht gegen die Art oder Dauer der Strafe, die Gewährung oder Verweigerung des bedingten Strafvollzugs oder die Ausfällung einer Massnahme an Stelle einer Strafe zur Wehr setzen.¹⁷⁶ Aus diesem Entscheid folgt aber auch, dass soweit es nicht um Rache geht und eine faktische Auswirkung auf die Zivilforderungen nachgewiesen werden kann, eine Anfechtung im Bestrafungspunkt nicht kategorisch ausgeschlossen ist. Insoweit besteht Raum und auch Anlass für eine Ausdehnung der bisherigen Legitimationspraxis.

e) Keine Legitimation des Opfers bei Verletzung durch Beamte

- 39 Nach einer gefestigten bundesgerichtlichen Praxis sind Opfer, die von Beamten geschädigt wurden, nicht zur Beschwerde im Strafpunkt legitimiert.¹⁷⁷ Entschädigungsansprüche gegenüber Beamten sind in der Regel **öffentlich-rechtlicher** Natur, weshalb sich der Entscheid nicht auf die **Zivilansprüche** des Opfers auswirken könne.¹⁷⁸ Obwohl nachvollziehbare Gründe dafür

¹⁷⁵ BGE 119 IV 339 E. 1d/cc.

¹⁷⁶ BGE 119 IV 339 E. 1d/cc.

¹⁷⁷ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 1; StA, 10.2.2017, 6B_1028/2016, E. 1; StA, 13.2.2015, 6B_1168/2014, E. 1; StA, 23.5.2014, 6B_945/2013, E. 3.3.1; StA, 2.5.2013, 6B_569/2012, E. 1.2; I. ÖRA, 12.10.2012, 1B_355/2012, 1.2.1; I. ÖRA, 11.5.2011, 1B_70/2011, 2.2.4; unterdessen sogar als einzelrichterliche Nichteintretensentscheide wegen offensichtlicher Unzulässigkeit nach Art. 108: BGer, StA, 15.4.2010, 6B_127/2010, E. 2, dazu ABO YOUSSEF, forumpoenale 2010, 317; eine Ausnahme vom Beschwerdeausschluss besteht bei der Anfechtung wegen Verletzung von Verfahrensrechten («Star-Praxis»), BGE 131 I 455 E. 1.2.4, dazu N 43 ff.

¹⁷⁸ BGE 128 IV 188 E. 2; 127 IV 189 E. 2b; 125 IV 161 E. 2b; DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 N 2614f.; Commentaire LTF-FERRARI², Art. 81 N 39; SCHMID, Handbuch², Rz. 1672 FN 574; zu Entschädigungen gestützt auf Art. 11 OHG/1993 vgl. DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2474.

sprechen würden, den Privatkläger unabhängig der Rechtsnatur seines allfälligen Entschädigungsanspruchs zur Beschwerde in Strafsachen zuzulassen, könne das Bundesgericht das Gesetz nicht entgegen seinem klaren Wortlaut anwenden.¹⁷⁹ Diese wortgetreue Handhabung der Opferlegitimation wird vom Bundesgericht zudem mit der ratio legis begründet. Dem Opfer sollte die effiziente Durchsetzung seiner Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche ermöglicht und ihm eine kostenrisikobehaftete und wegen Täterinsolvenz oft erfolglose Verweisung auf den Zivilweg erspart werden. Diese Gefahr bestehe nicht, wenn der Staat das Opfer anstelle des schädigenden Beamten entschädige.¹⁸⁰ DONZALLAZ argumentiert im Ergebnis zustimmend, dass sich die Forderung des Opfers nicht gegen den schädigenden Beamten, sondern gegen den Staat richte und schon deshalb nicht adhäsionsweise beurteilt werden könne.¹⁸¹ Das Argument, dass sich die Adhäsionsansprüche nicht gegen den Schädiger, sondern gegen einen Dritten (hier: Staat) richten, trifft jedoch auch auf Geschädigte zu, deren Ansprüche sich gegen die Haftpflichtversicherung des Täters richten. Dass Schädiger und Anspruchsbelasteter unterschiedliche Personen sind, ist kein Grund, die Geschädigten von Adhäsionsforderungen auszuschliessen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist klar abzulehnen: Es ist nicht ersichtlich, weshalb durch den Staat Geschädigte eine Schlechterstellung erfahren sollten. Eine Verweisung der Opferansprüche in ein Staatshaftungsverfahren widerspricht der ratio legis nur schon deshalb, weil das Opfer ein separates zweites Verfahren anstrengen muss. Die vom Bundesgericht vorgebrachte erhöhte Solvenz des Staates reduziert zwar das Kostenrisiko des Klägers, ändert aber nichts daran, dass ein völlig neues Verfahren angehoben werden muss. Dies ist weder opferfreundlich noch effizient.

Die restriktive Legitimation von durch Beamte geschädigten Opfern ist jedoch vor allem deshalb 40 abzulehnen, weil sich der Entscheid im Strafpunkt auch hier auf die Haftungsforderung auswirken kann. Wird ein Verfahren wegen vorsätzlicher Tatbegehung eingestellt, so wirkt sich der Umstand, dass der Beamte nur noch wegen Fahrlässigkeit belangt werden kann, auf die Haftungsforderungen des Opfers aus. Dies lässt sich an einem tragischen Beispiel aufzeigen: Die Zürcher Polizei schnitt einem Mann, den sie fälschlicherweise für einen flüchtigen Einbrecher hielt, den Weg ab, indem sie ihn mit dem Einsatzwagen gegen die Wand drückte. Dem Opfer musste in der Folge ein Bein amputiert werden. Die Strafuntersuchung gegen die beteiligten

¹⁷⁹ BGer, StA, 23.5.2014, 6B_945/2013, E. 3.3.1.

¹⁸⁰ BGE 128 IV 188 E. 2.3.

¹⁸¹ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2615.

Polizeibeamten wegen eventualvorsätzlicher schwerer Körperverletzung wurde in der Folge eingestellt. Das Opfer zog die Einstellung an das Bundesgericht weiter. Dieses trat auf die Beschwerde nicht ein, weil sich die Einstellung nicht auf Zivil- sondern nur auf die öffentlich-rechtlichen Forderungen des Opfers auswirken könne.¹⁸²

- 41 Die Möglichkeit der Auswirkung auf die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche besteht unabhängig davon, ob das Opfer nach zivilem oder öffentlichem Haftungsrecht entschädigt wird. Nach der Rechtsprechung wird entgegen Art. 53 OR eine «faktische Bindung» des Zivilrichters an das Strafurteil vermutet.¹⁸³ Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich nicht auch das Gericht, welches über die öffentlich-rechtlichen Haftungsansprüche zu befinden hat, durch das Strafurteil faktisch gebunden fühlen sollte. Wenn aber die Gefahr besteht, dass sich das Staatshaftungsgericht durch das Strafurteil beeinflussen lässt, dann muss das Opfer ungünstige Strafurteile oder Einstellungsbeschlüsse anfechten können.¹⁸⁴ Auch hier bestünde für das Bundesgericht Raum, dem Willen des Gesetzgebers nach einer Erweiterung der Legitimation Rechnung zu tragen und die restriktive Praxis aufzugeben.
- 42 **Ausnahme:** In Fünferbesetzung hat das Bundesgericht den kategorischen Beschwerdeausschluss von Opfern staatlicher Gewalt in einem unveröffentlichten Leitentscheid unlängst gelockert.¹⁸⁵ Ein Insasse der Waadtländer Strafvollzugsanstalt «Plaine de l'Orbe» machte eine unverhältnismässige Gewaltanwendung durch Vollzugsbeamte geltend. In einem ersten Entscheid verpflichtete das Bundesgericht die Waadtländer Justiz, ein Verfahren an die Hand zu nehmen. Der Beschwerdeführer habe in vertretbarer Weise eine Misshandlung vorgebracht. Art. 1, 3 und 13 EMRK garantierten ihm deshalb ein Recht auf wirksame und vertiefte Untersuchung sowie auf Beschwerde. Trotz fehlender Zivilansprüche gegen die Vollzugsbeamten wurde der Insasse zur strafrechtlichen Beschwerde gegen die Nichtanhandnahme zugelassen, weil er die Verletzung von Verfahrensrechten der EMRK geltend machen konnte («Star Praxis»)¹⁸⁶ Der Kanton Waadt führte in der Folge eine Untersuchung durch, stellte das Verfahren gegen die Vollzugsbeamten aber wieder ein. Im erwähnten

¹⁸² Vgl. BGer, StA, 11.12.2005, 6P.84/2004, 6S.230/2004.

¹⁸³ BGE 120 Ia 101 E. 2e; 120 IV 44 E. 6; 119 IV 339 E. 1d/cc; vgl. Kommentierung zur Legitimation im Schuldpunkt, N 33 f.

¹⁸⁴ Eingehende Kritik der Rechtsprechung: THOMMEN, *Toujours agité – jamais abattu*, IV.–VI.

¹⁸⁵ BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009.

¹⁸⁶ BGer, StA, 19.9.2007, 6B_319/2007, E. 2 unter Bezugnahme auf den Leitentscheid BGE 131 I 455 (St. Galler Polizei-Fall). Zur Legitimation wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften («Star Praxis») N 43 ff. und 58 f.

Fünferentscheid ging es um die Legitimation des Insassen zur Beschwerde gegen diese Einstellung. Gemäss Bundesgericht haben die Folter- und Misshandlungsverbotsbestimmungen nicht nur die im ersten Entscheid bereits anerkannte prozedurale Tragweite, sondern umfassen ein verfassungsmässiges Recht auf Anwendung der zur Bekämpfung von Folter und Misshandlung aufgestellten Strafvorschriften. Um die Anwendung dieser Strafbestimmungen durchsetzen zu können, räumt das Bundesgericht den Opfern staatlicher Gewalt – entgegen der bisherigen Eintretenspraxis – ein Recht ein, sich gegen Einstellungen, Nichtanhandnahmen und Freisprüche auch in der Sache («sur le fond») zur Wehr zu setzen. Das «Plaine de l’Orbe»-Urteil markiert insoweit einen bedeutenden Fortschritt.¹⁸⁷

f) Legitimation des Opfers bei Verfahrensrechtsrügen («Star-Praxis»)

In Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 wird nicht mehr explizit erwähnt, dass das Opfer unabhängig von 43 geltend gemachten Zivilansprüchen zur Beschwerde legitimiert ist, «soweit es eine Verletzung von Rechten geltend macht, die ihm das Opferhilfegesetz einräumt».¹⁸⁸ Dass die Opfer zur Erhebung der «klassischen» Opferrechte i.S.v. Art. 117 StPO (ehemals Art. 34 ff. OHG) weiterhin berechtigt sind, ergibt sich ohne Weiteres aus der allgemeinen Legitimationsvoraussetzung des rechtlich geschützten Interesses.¹⁸⁹ Unter diesem Titel kann beispielsweise vorgebracht werden, bei der kantonalen Appellation zu Unrecht nicht als Opfer anerkannt worden zu sein.¹⁹⁰ Bereits unter altem Recht konnte das Opfer unbekümmert um die fehlende Legitimation in der Sache selbst die Verletzung von Verfahrensrechten geltend machen, deren Missachtung eine «formelle Rechtsverweigerung» darstellte. Es konnte mithin die Verletzung jener Parteirechte rügen, die ihm nach kantonalem Verfahrensrecht unmittelbar aufgrund der Bundesverfassung oder von Art. 6 EMRK zustanden.¹⁹¹

44

¹⁸⁷ BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1; zu diesem bemerkenswerten Entscheid im Detail THOMMEN, *Toujours agité – jamais abattu*, V.

¹⁸⁸ Vgl. noch Art. 270 lit. e Ziff. 2 aBStP; dazu den rechtsgeschichtlichen Rückblick in BGE 136 IV 29 E. 1.4; ferner: BGE 129 IV 179 E. 1.2; 122 IV 71 E. 2; 122 IV 79 E. 1a.

¹⁸⁹ GOMM/ZEHNTNER-TAMM, Art. 37 OHG N 51.

¹⁹⁰ BGE 129 IV 95 E. 2; BGer, StA, 3.12.2009, 6B_548/2009, E. 2.2.

¹⁹¹ BGE 131 I 455 E. 1.2.1.

Diese so genannte «**Star-Praxis**»¹⁹² wurde unter neuem Recht weitergeführt.¹⁹³ Neu ergeben sich die Verfahrensrechte des Opfers primär aus Art. 117 StPO. Wenn sich das Opfer zudem als Privatklägerschaft konstituiert (Art. 118 StPO) und damit die volle Parteistellung erlangt hat (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO), wird es künftig die Verletzung sämtlicher allgemeiner (Art. 107 StPO) und spezieller Parteirechte (z.B. Art. 147 StPO), unbekümmert um eine fehlende Legitimation in der Sache selbst, anfechten können. Konkret bedeutet dies, dass dem Opfer hinsichtlich verfahrensrechtlicher Rügen nicht entgegen gehalten werden kann, dass der Entscheid sich nicht auf seine Zivilforderungen auswirkt.

- 45 Unter die «Star-Praxis» fasst das Bundesgericht insbesondere auch die verfahrensrechtlichen Garantien, die aus den **Folter- und Misshandlungs**verbotsbestimmungen von Art. 3 und 13 EMRK abgeleitet werden. In BGE 131 I 455 («St. Galler Polizei-Fall») leitete das Bundesgericht aus der «Assenov-Rechtsprechung» des EGMR¹⁹⁴ einen Anspruch auf wirksame und vertiefte amtliche Untersuchung sowie auf Beschwerde ab für Personen, die in vertretbarer Weise behaupten, von einem (Polizei-)Beamten erniedrigend behandelt worden zu sein. Für das Verfahren vor Bundesgericht bedeutet dies, dass das Opfer des polizeilichen Übergriffs trotz fehlender Auswirkungen auf die Zivilforderungen zur Beschwerde zugelassen wird.¹⁹⁵

g) Zusammenfassung

- 46 Unter bisherigen Recht war das Opfer im Zivilpunkt (■N 12), im Schuldpunkt (■N 12a) und bei der Geltendmachung von Verfahrensrechten («Star-Praxis»; ■N 13d) umfassend zur Beschwerde legitimiert. Die vom Gesetzgeber gewünschte Ausdehnung der Legitimation des Privatklägers muss sich also auf Punkte beziehen, in denen das Opfer bisher von der Beschwerde ausgeschlossen war. Dies trifft einmal auf die Anfechtung «im Strafpunkt» (nach der vorliegenden Terminologie im Bestrafungspunkt; N 12d) zu. Auch in Bezug auf Opfer, die durch

¹⁹² BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 2.1; BGE 126 I 81 E. 7b.

¹⁹³ BGE 141 IV 1 E. 1.1; 138 IV 78 E. 1.3; BGer, StA, 1.2.2016, 6B_827/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 IV 82; StA, 3.9.2015, 6B_1198/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 141 IV 380.

¹⁹⁴ Urteil i.S. Assenov v. Bulgarien (Nr. 90/1997/874/1086) vom 28.10.1998, Ziff. 102 und 117.

¹⁹⁵ BGE 131 I 455 E. 1.2; vgl. auch BGE 138 IV 86 E. 3.1; BGer, StA, 10.2.2017, 6B_1028/2016, E. 2.2; StA, 2.5.2013, 6B_569/2012, E. 1; I. ÖRA, 12.10.2012, 1B_355/2012, E. 1.2.2; I. ÖRA, 29.3.2012, 1B_10/2012, E. 1.2; I. ÖRA, 22.3.2012, 1B_272/2011, E. 2.5; I. ÖRA, 11.5.2011, 1B_70/2011, E. 2.2.5; StA, 19.9.2007, 6B_319/2007, E. 2.

Beamte geschädigt wurden, wäre eine Ausdehnung der Legitimationspraxis durch das Bundesgericht wünschenswert.

8. «Einfache» Geschädigte (Ziff. 5)¹⁹⁶

Das soeben zur Legitimation des Opfers Ausgeführte gilt grundsätzlich auch für die einfachen 47 Geschädigten. Nach der ab 1.1.2011 geltenden Fassung von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 ist die **Privatklägerschaft** legitimiert.¹⁹⁷ Im Gegensatz zu Art. 81 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005¹⁹⁸ wird nicht länger zwischen Opfern und «einfachen Geschädigten» differenziert. Entscheidend ist einzig, ob sich das angefochtene Urteil auf die Zivilforderungen der Privatklägerschaft auswirken kann. Die Legitimation der Privatklägerschaft ist nicht etwa ein Versehen des Gesetzgebers, sondern das Resultat intensiven Ringens der beiden Parlamentskammern. Die Bestimmung in ihrer jetzigen Form ist eine «Mittellösung»,¹⁹⁹ welche zwischen der umfassenden durch die Strafprozessordnung eingeführten Beschwerdelegitimation einerseits und der vom Bundesrat vorgeschlagenen Weiterführung des bisherigen Geschädigtenausschlusses vermitteln sollte.²⁰⁰ Bevor nachfolgend im Detail auf die Legitimation

¹⁹⁶ Die Ausführungen zur Privatklägerschaft (6., N ■), zum Opfer (7., N ■) sowie zu den einfachen Geschädigten (8., N ■) gehen auf meinen Beitrag „Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht“ in der FS-Wiprächtiger von 2011 zurück. Die Kommentierung reflektiert daher in weiten Teilen nur meine persönliche Auffassung zur deren Beschwerdelegitimation, nicht jedoch diejenige meines Co-Autors Roberto Faga, weshalb ich für diesen Teil als alleiniger Autor erscheine.

¹⁹⁷ AS 2010 3267, 3294; vgl. Gesetzgebungsgeschichte bei der Kommentierung zum Privatkläger (N 9c) sowie JEANNERET, ZStrR 2010, 316 f.

¹⁹⁸ AS 2006 1205, 1227.

¹⁹⁹ Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 124; «Zwischenlösung» (BR Widmer-Schlumpf), Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160.

²⁰⁰ Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweirat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 122 ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB SR 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

eingegangen wird, kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber den einfachen Geschädigten künftig in weitergehendem Masse zur Beschwerde zulassen will als bisher.

a) Allgemeine Legitimationsvoraussetzungen

48 Ein Geschädigter, der sich gegen einen letztinstanzlichen Entscheid zur Wehr setzen will, muss vier Voraussetzungen erfüllen:

- Erstens muss er die **allgemeinen Beschwerdevoraussetzungen** erfüllen. Danach ist zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 81 Abs. 1 lit. a; N ■) ²⁰¹ und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (lit. b, N ■) hat. Hierzu wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass die Privatklägerschaft nicht alleine aufgrund ihrer Parteistellung (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO) Teilnehmerin am vorinstanzlichen Verfahren ist, sondern dass sie ihre Verfahrensteilnahme zumindest in der Stellung von **Anträgen** manifestiert haben muss (vgl. Kommentierung zu Art. 81 Abs. 1 lit. a, N ■). ²⁰² Die *allgemeine* Voraussetzung des rechtlich geschützten Interesses wird bei der Privatklägerschaft (weitestgehend) durch das *besondere* Erfordernis von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 konkretisiert, wonach der *«angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche»* muss auswirken können. Eine Ausnahme gilt nur im Rahmen der «Star-Praxis». Hier ergibt sich das Rechtsschutzinteresse aus dem Recht auf Verfahrensteilnahme selbst. ²⁰³
- Zweitens muss der Beschwerdeführer **Geschädigter** i.S.v. Art. 115 StPO sein. Als geschädigt gilt die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten *unmittelbar* verletzt worden ist (Abs. 1). Eine unmittelbare Verletzung ist nur gegeben bei Beeinträchtigung strafrechtlich geschützter Individualrechtsgüter (z.B. Leben, körperliche Integrität, Eigentum, Vermögen, Freiheit, Ehre etc.). ²⁰⁴ Bei Straftaten gegen Gemeininteressen wird eine unmittelbare Verletzung nur bejaht, wenn die fragliche Straftat sich auch gegen mitgeschützte individuelle

²⁰¹ Hierzu grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 144; zur Verfahrensteilnahme ferner KOLLY, pourvoi en nullité, 30f.

²⁰² A.A. noch die Voraufgabe, N 3.

²⁰³ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 2.1.

²⁰⁴ Vgl. etwa BGer, I. ÖRA, 18.8.2008, 1B_134/2008, E. 1.2 (betr. Betrug).

Rechte richtete.²⁰⁵ Die zur Stellung eines Strafantrags berechnigte Person gilt in jedem Fall als geschädigte Person (Art. 115 Abs. 2 StPO).

- Drittens muss sich die geschädigte Person im kantonalen Verfahren als **Privatklägerschaft konstituiert** haben (Art. 118 ff. StPO). Dass die Geschädigten Interesse am Verfahren bekundet haben, wurde bisher über die allgemeine Voraussetzung der Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz und der Stellung von Entschädigungsbegehren abgesichert. Zu diesen materiellen kommt neu das formelle Kriterium der Konstituierungserklärung hinzu. Zur Anfechtung gerichtlich bestätigter Einstellungsbeschlüsse sind die als Privatkläger konstituierten Geschädigten indes unabhängig davon legitimiert, ob sie bis zu diesem Zeitpunkt im Strafverfahren Zivilforderungen geltend gemacht hatten. Sie haben jedoch in jedem Fall darzulegen, aus welchen Gründen sich der angefochtene Entscheid inwiefern auf welche Zivilforderungen auswirken kann.²⁰⁶
- Viertens muss sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung der **Zivilforderungen** der Privatklägerschaft auswirken können (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5).²⁰⁷ Diese Voraussetzung ist – wie bereits beim Opfer – der Dreh- und Angelpunkt der Geschädigtenlegitimation. Fünf Fallgruppen werden in der Folge besprochen: Die Legitimation des Geschädigten im Zivilpunkt (■N 13j), im Schuld- und Strafpunkt (■N 13k), bei der Schädigung durch Beamte (■N 13r), zur Geltendmachung von Verfahrensrechten (■N 13s) sowie die übrigen Fälle der Legitimation des Geschädigten (■N 13u).

b) Legitimation des Geschädigten im Zivilpunkt

Bei der Legitimation im Zivilpunkt geht es streng genommen nicht um «Auswirkungen» des 49 Strafurteils auf den Zivilpunkt i.S.v. Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5, sondern um den Zivilpunkt

²⁰⁵ BGer, I. ÖRA, 7.9.2004, 1A.153/2004/1P.377/2004, E. 4 zu dem mit Art. 115 StPO identischen Art. 47 StrV/BE; zur Abgrenzung im Einzelnen: BGE 117 Ia 135 E. 2 (Landfriedensbruch); 118 Ia 14 E. 2b (Nachtruhestörung); 119 Ia 342 E. 2b (Urkundenfälschung, Art. 251 StGB); 120 Ia 220 E. 3 (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit, Art. 261 StGB), je m.w.Hinw.

²⁰⁶ BGE 137 IV 246 E. 1.3.1; allerdings soll die Beschwerdemöglichkeit gegen Einstellungsbeschlüsse für einfach geschädigte Privatkläger de lege ferenda wieder ausgeschlossen werden, vgl. dazu N ■.

²⁰⁷ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Wirkungen eines Freispruchs auf die Opferforderungen); zur Tangierung der Zivilansprüche grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 150 ff.; differenzierend DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 N 2616.

selbst. Es sind dies Fälle der Anfechtung von **Adhäsionsansprüchen**, die im Strafverfahren letztinstanzlich mitbeurteilt wurden. Soweit die Voraussetzungen zur Anfechtung zivilrechtlicher (Adhäsions-)Ansprüche mit der Beschwerde in Strafsachen erfüllt sind (vgl. N 2■), ist auch der Geschädigte hierzu berechtigt. Im Zivilpunkt war er stets zur Beschwerde legitimiert.²⁰⁸

c) Legitimation des Geschädigten im «Schuld- und Strafpunkt»

- 50 Die Legitimation des Geschädigten im Schuld- und Strafpunkt ist Gegenstand anhaltender Kontroversen. Zur **Terminologie**: In der Rechtsprechung werden die Begriffe Schuld- und Strafpunkt teilweise synonym verwendet, teilweise wird von Strafpunkt gesprochen, wenn in Wirklichkeit nur die Strafe zur Diskussion steht.²⁰⁹ In der vorliegenden Kommentierung wird zwischen Zivil- und Strafpunkt unterschieden. Der Strafpunkt seinerseits umfasst den Schuld- sowie den Bestrafungspunkt. Unter den Schuldpunkt fallen diejenigen Teile des Strafurteils, welche Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld betreffen. Der Bestrafungspunkt betrifft die Rechtsfolgende Seite des Strafurteils, also die ausgesprochene Strafe und/oder Massnahme sowie den bedingten Strafaufschub.
- 51 Seit der «Abschaffung» der Geschädigtenlegitimation mit der BStP-Revision von 2001 blieben die Geschädigten in **ständiger Rechtsprechung** von einer Beschwerde im Strafpunkt, das heisst im Schuld- und im Bestrafungspunkt, ausgeschlossen.²¹⁰ Auch nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005 lehnte es das Bundesgericht ab, die Geschädigten zur Beschwerde im Strafpunkt zuzulassen.²¹¹ Diesen fehle ein rechtlich geschütztes Interesse, weil der Strafanspruch dem Staat und nicht dem Individuum zustehe. Der Botschaft könne kein gesetzgeberischer Wille zur Legitimation des Geschädigten entnommen werden. Unter Hinweis auf die Praxis unter altem Recht führte das Bundesgericht aus: *«Eine Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen im strafrechtlichen Schuldpunkt wäre im Vergleich zum bisherigen Recht eine radikale Neuerung, welche im Übrigen eine erhebliche Zunahme von*

²⁰⁸ BGE 136 IV 29 E. 1.4 und 1.9.

²⁰⁹ Vgl. etwa BGE 136 IV 41 E. 1.1.

²¹⁰ BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.1; StA, 26.5.2003, 6S.709/2000, E. 3.1; BGE 129 IV 206 E. 1; 128 IV 37 E. 3; Art. 270 lit. e BStP in der Fassung gemäss Ziff. II 3 des BG vom 23.6.2000, in Kraft seit 1.1.2001 (AS 2000 2719, 2724; BBl 1999 9518, 9606); vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 4. und 8.9.1999 zur Teilrevision des Bundesrechtspflegegesetzes zur Entlastung des Bundesgerichts, BBl 1999 9524.

²¹¹ S.a. LIEBER, ZStrR 2008, 181.

Beschwerden an das Bundesgericht zur Folge hätte [...] Der Geschädigte ist eine zentrale Person im Strafprozessrecht. Wäre er im Schuldpunkt zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, so müsste er in der beispielhaften Aufzählung der insbesondere zur Beschwerde Berechtigten in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG vernünftigerweise genannt werden.»²¹²

Ab der Revision des Bundesstrafprozesses zur Entlastung des Bundesgerichts (1.1.2001²¹³) war 52 der Ausschluss des Geschädigten vom klaren Entlastungswillen des Gesetzgebers *und* dem abschliessenden Wortlaut von Art. 270 Abs. 4 BStP getragen. Dies änderte sich mit Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (1.1.2007²¹⁴). Art. 81 ist als Generalklausel mit einer nicht abschliessenden («insbesondere») Aufzählung von Regelbeispielen strukturiert. Wer ein Rechtsschutzinteresse und die Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz nachweisen kann, ist unabhängig von der expliziten Aufzählung beschwerdelegitimiert. Auch der Bundesrat wies in einer Motionsantwort auf die nicht abschliessende Liste von Beschwerdeberechtigten hin: «*Das neue Recht wird es dem Bundesgericht somit ermöglichen, auch Geschädigten, die nicht Opfer sind, die Legitimation zur Beschwerde in Strafsachen einzuräumen.*»²¹⁵

Obwohl der offene Gesetzeswortlaut und der Wille des Gesetzgebers eine Prüfung des 53 Rechtsschutzinteresses im Einzelfall nahelegten, schloss das Bundesgericht die Geschädigten unter dem Régime des Bundesgerichtsgesetzes im Strafpunkt, also im Schuld- und im Bestrafungspunkt, kategorisch von der Beschwerde aus. Die Begründungen überzeugen freilich nicht. Dass der Strafanspruch dem Staat zustehe,²¹⁶ spricht nur gegen eine Legitimation im Bestrafungspunkt, nicht aber gegen eine Legitimation im Schuldpunkt.²¹⁷ Dass der Geschädigte – als zentrale Figur des Strafverfahrens – explizit hätte genannt werden müssen,²¹⁸ ist an sich ein plausibles Argument. Es lässt sich jedoch mit dem Wortlaut von Art. 81 («insbesondere») und dem Konzept einer nicht abschliessenden Aufzählung schlechterdings nicht in Einklang bringen. Das Bundesgericht lehnte die Geschädigtenlegitimation vor allem aus Kapazitätsgründen ab. Es

²¹² BGE 136 IV 29 E. 1; s.a. BGE 133 IV 228 E. 2.

²¹³ Art. 270 lit. e BStP in der Fassung gemäss Ziff. II 3 des BG vom 23.6.2000, in Kraft seit 1.1.2001 (AS 2000 2719, 2724; BBl 1999 9518, 9606).

²¹⁴ AS 2006 1205, 1227.

²¹⁵ Motion von NR D. VISCHER, Erweiterung der Beschwerdelegitimation im Strafverfahren vor BGer; www.parlament.ch, Curia vista, Geschäft: 06.3097.

²¹⁶ BGE 133 IV 228 E. 2.

²¹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen zur Legitimation des Opfers im Schuld- und Bestrafungspunkt N 33 ff.

²¹⁸ BGE 136 IV 29 E. 1.7.1.

berief sich hierbei auf die ratio des Bundesgerichtsgesetzes, mit welchem (nebst einem Ausbau des Rechtsschutzes [!]) auch eine Entlastung des Bundesgerichts angestrebt wurde.²¹⁹ Doch auch hier gilt: Bundesgesetze sind für das Bundesgericht massgebend (Art. 190 BV). Eine Interpretation eines Bundesgesetzes nach der ratio legis kann nicht entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut erfolgen.

54 Als **Zwischenresultat** kann festgehalten werden, dass der kategorische Ausschluss des Geschädigten von der Beschwerde im Strafpunkt weder mit dem Wortlaut noch dem Geist des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005 konform ging.

55 Dies gilt erst recht **ab 1.1.2011**. Auf diesen Zeitpunkt hin wurde die Geschädigtenlegitimation nach Bundesgerichtsgesetz erweitert. Der Gesetzgebungsprozess zur Vereinheitlichung des Strafprozesses war von einem zähen Ringen um die Geschädigtenlegitimation begleitet. Mit der **schweizerischen Strafprozessordnung** vom 5.10.2007 wurde eine umfassende Geschädigtenlegitimation eingeführt. Das Bundesgericht intervenierte gegen diese Ausdehnung, sodass der Bundesrat im Entwurf zum Strafbehördenorganisationsgesetz eine Rückkehr zum Wortlaut des Bundesgerichtsgesetz von 2005 vorschlug. Damit konnte er sich im Parlament jedoch nicht durchsetzen. Nach einem mehrmaligen Hin und Her sowie ausführlichen Diskussionen beschlossen die Räte eine «Mittel-» respektive «Zwischenlösung». Der Geschädigte sollte nicht die vollen Rechtsmittelbefugnisse der Strafprozessordnung, gleichzeitig aber mehr Rechte als bisher unter dem Bundesgerichtsgesetz haben.²²⁰ Vor diesem Hintergrund ist die neue Regelung zu interpretieren.

56 Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b ist zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt: «5. die *Privatklägerschaft, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann*».²²¹ Es wurde bereits für das Opfer dargelegt, dass sich der Schuld- auf den Zivilpunkt auswirken kann (N ■). Das Gleiche gilt auch für den Geschädigten.

²¹⁹ Botschaft 2001 4202, 4208.

²²⁰ Vgl. zum Ganzen die Ausführungen zur Gesetzgebungsgeschichte in der Kommentierung zur Legitimation des Privatklägers sowie: Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweirat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S 8f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 122ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

²²¹ AS 2010 3267, 3294.

Wird der Angeklagte etwa vom Betrugsvorwurf wegen Mitverschuldens des Betrogenen freigesprochen, kann dies auch Auswirkungen auf die Zivilforderungen des Betrugsgeschädigten haben. Wird andererseits einem Dieb der bedingte Strafvollzug gewährt, kann sich dieser Bestrafungspunkt nicht auf die Zivilforderungen des Bestohlenen auswirken. Im **Ergebnis** könnte die vom Gesetzgeber vorgegebene Ausdehnung der Legitimation somit über eine Zulassung der Geschädigten im *Schuldpunkt* verwirklicht werden. In diesem Sinne hat das Bundesgericht nach Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung auch die *Berufungslegitimation* der Privatklägerschaft im Schuldpunkt bejaht, und zwar unabhängig von der Geltendmachung von Zivilansprüchen.²²² In Bezug auf die als Privatkläger konstituierten Opferangehörigen hat das Bundesgericht entschieden, dass sie im Strafpunkt nicht beschwerdelegitimiert sind. Dabei hat es sich wenig überzeugend auf die altrechtliche Rechtsprechung zur Geschädigtenlegitimation abgestützt.²²³

d) Keine Legitimation des Geschädigten bei Schädigung durch Beamte?

Nach einer bereits erläuterten Praxis sind Opfer, die von Beamten geschädigt wurden, nicht zur 57 Beschwerde im Strafpunkt legitimiert.²²⁴ Weil Entschädigungsansprüche gegenüber Beamten **öffentlich-rechtlicher** Natur sind, könne sich der Strafscheid nicht auf die **Zivilansprüche** des Opfers auswirken.²²⁵ Diese Praxis wendet das Bundesgericht auch auf Geschädigte an.²²⁶ Diese Praxis ist klar abzulehnen.²²⁷ Hier bestünde Raum, dem gesetzgeberischen Willen zur Lockerung der Geschädigtenlegitimation Rechnung zu tragen.

²²² BGE 139 IV 84 E. 1.1; 139 IV 78 E. 3.

²²³ Vgl. BGer, StA, 25.3.2014, 6B_714/2013, E. 1; StA, 23.5.2014, 6B_945/2013, E. 3.3.2.

²²⁴ Vgl. N 39 ff.; BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 1; eine Ausnahme von diesem Beschwerdeausschluss besteht bei der Anfechtung wegen Verletzung von Verfahrensrechten («Star-Praxis»), BGE 131 I 455 E. 1.2.4, dazu N 43 ff.

²²⁵ BGE 128 IV 188 E. 2; 127 IV 189 E. 2b; 125 IV 161 E. 2b.

²²⁶ BGE 127 IV 189 E. 2b; StA, 13.2.2015, 6B_1168/2014, E. 1.2; StA, 23.5.2014, 6B_945/2013, E. 3.3.1; I. ÖRA, 11.5.2011, 1B_70/2011, 2.2.4.

²²⁷ Vgl. die Kritik zur Opferlegitimation N 39 ff.

e) Legitimation des Geschädigten bei Verfahrensrechtsrügen («Star-Praxis»)

- 58 Wie bisher kann der Geschädigte mit der Beschwerde in Strafsachen die Verletzung von Rechten rügen, die ihm als am Verfahren beteiligte Partei nach dem massgebenden Prozessrecht oder unmittelbar aufgrund der BV oder der EMRK zustehen (sog. «**Star-Praxis**»)²²⁸. Insoweit hat der Geschädigte ein rechtlich geschütztes Interesse i.S.v. Art. 81 Abs. 1 lit. b.²²⁹ Nach der älteren Standardformulierung ist der Geschädigte unabhängig von einer fehlenden Legitimation in der Sache berechtigt, die Verletzung von Verfahrensrechten geltend zu machen, deren Missachtung eine «**formelle Rechtsverweigerung**» darstellt. Das rechtlich geschützte Interesse ergibt sich in diesem Fall nicht aus einer Berechtigung in der Sache, sondern aus der Berechtigung, am Verfahren teilzunehmen. Der Beschwerdeführer kann die Verletzung jener Parteirechte rügen, die ihm nach dem kantonalen und schweizerischen Verfahrensrecht,²³⁰ der BV oder der EMRK zustehen. Zulässig sind Rügen, die formeller Natur sind und von der Prüfung der Sache getrennt werden können. Nicht zu hören sind Rügen, die im Ergebnis auf eine materielle oder eine Überprüfung der Beweiswürdigung des angefochtenen Entscheids abzielen.²³¹ Dies bedeutet im Ergebnis, dass Geschädigten kein rechtlich geschütztes Interesse an der richtigen Anwendung des materiellen Rechts (insb. StGB) zugestanden wird.²³²
- 59 Unter diesem Titel können etwa die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV),²³³ des Beschleunigungsgebots (Art. 29 Abs. 1 BV),²³⁴ des Akteneinsichtsrechts²³⁵ oder die verweigerte Zuspreehung einer Parteientschädigung²³⁶ oder Anerkennung der

²²⁸ BGE 141 IV 1 E. 1.1; 138 IV 78 E. 1.3; 126 I 81 E. 7b; BGer, StA, 1.2.2016, 6B_827/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 IV 82; BGer, StA, 3.9.2015, 6B_1198/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 141 IV 380; StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 2.1.

²²⁹ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2 m. zahlreichen Hinw.

²³⁰ So auch SCHMID, Handbuch², Rz. 1672 FN 573.

²³¹ BGE 136 IV 41 E. 1.4; BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.1; StA, 21.2.2008, 6B_686/2007, E. 4 je m.Hinw; StA, 1.2.2016, 6B_827/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 IV 82.

²³² SCHMID, Handbuch², N 1672.

²³³ BGE 136 IV 41 E. 1.4, indes mit fraglicher Begründung; BGer, StA, 1.2.2016, 6B_827/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 IV 82.

²³⁴ BGer, I. ÖRA, 18.8.2008, 1B_134/2008, E. 1.2; Commentaire LTF²-FERRARI, Art. 81 N 48.

²³⁵ BGE 138 IV 78 E. 1.3; BGer, StA, 21.2.2008, 6B_686/2007, E. 3.2.

²³⁶ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.3.

Geschädigtenstellung²³⁷ vorgebracht werden. Weiter kann gerügt werden, auf ein Rechtsmittel sei zu Unrecht nicht eingetreten worden.²³⁸ Der Geschädigte hat sogar ein rechtlich geschütztes Interesse an der Nichtverwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels. Das Bundesgericht leitet dieses aus dem rechtlichen Gehör und dem Recht ab, Beweisanträge zu stellen.²³⁹ Mangels rechtlich geschützter Interessen sollen die Geschädigten jedoch nicht die falsche Anwendung der Wiedergutmachungsbestimmung (Art. 53 StGB) rügen können.²⁴⁰

f) Übrige Fälle der Geschädigtenlegitimation^{header=skip}

^{header2="60, 60a"}Wie bereits bei den allgemeinen Beschwerde Voraussetzungen ausgeführt, 60 haben die Geschädigten im Übrigen ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, soweit sie die Verletzung von Normen anrufen, die ihnen Anspruchsrechte einräumen. So sind Geschädigte berechtigt Beschwerde zu erheben gegen den Verzicht auf **Einziehung** beziehungsweise ersatzweise Einforderung der Erträge, gegen den Entscheid über die **Verwendung des Verwertungserlöses** (Art. 73 Abs. 1 StGB)²⁴¹ oder gegen die **Aufhebung** von **Kontosperren** und die Herausgabe beschlagnahmter Vermögenswerte (Art. 70 Abs. 1 StGB). Diese Bestimmungen gewähren den Geschädigten ein Recht auf Zusprechung eingezogener Vermögenswerte, weshalb das Rechtsschutzinteresse und damit die Legitimation zu bejahen sind.²⁴² Der angeblich an einem **konfiszierten Konto** (Art. 73 BStP) Berechtigte ist zur Beschwerde legitimiert.²⁴³ Auch diese Geschädigten wurden bereits unter bisherigem Recht zur Beschwerde zugelassen, weshalb sich die vom Gesetzgeber geforderte Erweiterung der Beschwerdelegitimation nicht auf sie beziehen kann.

²³⁷ BGer, StA, 3.9.2015, 6B_1198/2014, E. 1, nicht publ. in BGE 141 IV 380; BGer, StA, 21.2.2008, 6B_686/2007, E. 3.2.

²³⁸ BGer, StA, 1.2.2016, 6B_827/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 IV 82; StA, 19.10.2015, 6B_316/2015, E. 1.1, nicht publ. in BGE 141 IV 454.

²³⁹ BGer, StA, 12.11.2009, 6B_536/2009, E. 1.4.

²⁴⁰ BGE 136 IV 41 E. 1.2; kritisch ABO YOUSSEF, *forum* 2010, 316 f.

²⁴¹ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.2; StA, 24.8.2009, 6B_53/2009, E. 1.2; I. ÖRA, 12.3.2008, 1B_212/2007, E. 1.4.

²⁴² BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/200, E. 1.4 m. Hinw. auf BGE 126 I 97 E. 1a.

²⁴³ BGE 133 IV 278 E. 1.3.

g) Neuere Bundesgerichtsentscheide zur Legitimation der Privatklägerschaft

60a [header2="60, 60a"](#)Das Bundesgericht hatte wiederholt Gelegenheit, sich zur Legitimation der Privatklägerschaft wie auch zu den Begründungsanforderungen zu äussern.

- Die Privatklägerschaft, welche die Verwendung von **beschlagnahmten Vermögenswerten** zu ihren Gunsten beansprucht (Art. 70 Abs. 1 und Art. 73 Abs. 1 StGB), hat ein Rechtsschutzinteresse an der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme.²⁴⁴
- Nach Ansicht des Wirtschaftsstrafgerichts des Kantons Bern hatte der Beschuldigte einer Vorsorgestiftung in strafbarer Weise 1 Mio. Franken entzogen. Die **Stiftung Sicherheitsfonds BVG** übernahm gestützt auf das BVG die offengebliebenen Leistungen der Vorsorgestiftung und trat in diesem Umfang in die Ansprüche der Vorsorgestiftung ein. Im kantonalen Verfahren wurde die Stiftung Sicherheitsfonds BVG als Privatklägerin vom Strafverfahren ausgeschlossen. Gegen diesen Ausschluss konnte sich die Stiftung vor Bundesgericht zur Wehr setzen.²⁴⁵
- Die vom Beschuldigten offenbarten **Amtsgeheimnisse** betrafen Tatsachen aus der Privatsphäre der Beschwerdeführerin, womit diese als geschädigte Person zu qualifizieren war und sich zu Recht als Privatklägerin konstituiert hatte (Art. 118 Abs. 1 StPO, wonach als Privatklägerin die *geschädigte Person* gilt, welche ausdrücklich erklärt, sich als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen). Sie war zur Beschwerde gegen das den Beschuldigten freisprechende Urteil legitimiert.²⁴⁶
- [header2="60a"](#)Das Bundesgericht bejahte die Stellung als Privatkläger²⁴⁷ sowie die Beschwerdelegitimation eines **nahen Angehörigen (Kind) des Opfers** zur Anfechtung der Einstellung einer Strafuntersuchung gegen das medizinische Personal einer Privatklinik wegen fahrlässiger Tötung.²⁴⁸

²⁴⁴ BGer, I. ÖRA, 24.2.2015, 1B_6/2015, E. 1.2; s.a. StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.2 (betr. Einziehung); StA, 24.8.2009, 6B_53/2009, E. 1.2 (betr. Verwendung des Verwertungserlöses i.S.v. Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB).

²⁴⁵ BGE 139 IV 310 E. 1 und 2; der Ausschluss der Privatklägerschaft ist als Zwischen- und Teilentscheid sowie als verfahrensleitende Verfügung zu qualifizieren. Er ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sofort und nicht erst mit dem Endentscheid anfechtbar, und zwar zuerst bei der kant. Beschwerdeinstanz und anschliessend – bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen – mit Beschwerde in Strafsachen an das BGer (BGE 138 IV 193, Pra 2013, Nr. 9, ■Seitenzahl■; vgl. dazu Art. 80 N ■).

²⁴⁶ BGer, StA, 11.12.2012, 6B_28/2012, E. 1.4 und 1.5.

²⁴⁷ Damals noch: Privatstrafkläger, vgl. dazu N ■.

²⁴⁸ BGE 138 IV 186 E. 1.4.

- Bejaht wurde auch die Beschwerdeberechtigung des Privatklägers gegen die definitive Verfahrenseinstellung, wenn die Frage einer möglichen Strafbarkeit (Körperverletzung durch einen medizinischen Kunstfehler) bei gegebenen Anhaltspunkten für schwere, sich langfristig auswirkende Gesundheitsschäden **von weiteren Untersuchungsergebnissen** abhängt.²⁴⁹
- In einem Grundsatzurteil vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung hat das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation der geschädigten Person, welche nicht Opfer im Sinne des OHG war, betreffend **Strafpunkt** (Schuld- und Bestrafungspunkt) **verneint**.²⁵⁰ Nach Inkrafttreten des geltenden Rechts hat das Bundesgericht zwar die *Berufungs*legitimation der Privatklägerschaft im Schuldpunkt bejaht, und zwar unabhängig von der Geltendmachung von Zivilansprüchen.²⁵¹ Die Legitimation der Privatklägerschaft zur Beschwerde in Strafsachen im Schuldpunkt hat das Bundesgericht demgegenüber – in Anlehnung an die altrechtliche Rechtsprechung – **verneint**.²⁵² In einem neueren Entscheid hält das Bundesgericht fest, die "Legitimation zur Berufung und zur Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht im Schuldpunkt hängt ebenfalls davon ab, ob die betroffene Person im Strafverfahren als Privatklägerin anerkannt wurde".²⁵³
- Der Strafantrag ist der Erklärung, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilkläger zu beteiligen, gleichgestellt (Art. 118 Abs. 1 und 2 StPO). **Verzichtet** eine Person auf die Stellung eines **Strafantrags**, hat sie sich nicht als Privatklägerin am Verfahren beteiligt. Sie kann gegen die Nichtanhandnahme eines Strafverfahrens nicht Beschwerde führen.²⁵⁴
- Ein **Opfer**, das sich im Strafverfahren nicht als Privatkläger konstituiert hat, ist grundsätzlich nicht zur Beschwerde legitimiert. Es ist aber unter Berücksichtigung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör auf sein Konstituierungsrecht aufmerksam zu machen.²⁵⁵
- Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Privatklägerschaft, welche sich lediglich als **Strafklägerin** und nicht als Zivilklägerin konstituiert hat, grundsätzlich nicht zur Beschwerde in Strafsachen zugelassen.²⁵⁶ Der angefochtene Entscheid könne sich nicht auf die

²⁴⁹ BGE 137 IV 219 E. 2.2–2.7.

²⁵⁰ BGE 136 IV 29 E. 1.7.2.

²⁵¹ BGE 139 IV 84 E. 1.1; 139 IV 78 E. 3.

²⁵² Vgl. BGer, StA, 25.3.2014, 6B_714/2013, E. 1; StA, 23.5.2014, 6B_945/2013, E. 3.3.2.

²⁵³ BGE 143 IV 154 E. 2.3.3.

²⁵⁴ BGer, I. ÖRA, 19.7.2012, 1B_299/2012, E. 1.

²⁵⁵ BGer, I. ÖRA, 3.7.2013, 1B_646/2012, E. 1.2.

²⁵⁶ Zu den Ausnahmen nach der «Star-Praxis» vgl. N ■ und ■.

Beurteilung ihrer adhäsionsweise geltend gemachten bzw. noch geltend zu machenden Zivilforderungen auswirken (vgl. Kritik dazu N ■)²⁵⁷.

- Hat die Privatklägerschaft im kantonalen Verfahren keine Zivilansprüche geltend gemacht, ist sie zur Beschwerde in Strafsachen nicht legitimiert.²⁵⁸
- Die **Abweisung eines Entsiegelungsgesuchs** kann die Privatklägerschaft nur anfechten, wenn der Entscheid sich auf die gerichtliche Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirkt.²⁵⁹
- Privatkläger und damit nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 beschwerdelegitimiert ist nur, wer geschädigte Person ist, d.h., wer durch die Straftat in seinen Rechten *unmittelbar* verletzt worden ist (Art. 118 Abs. 1 i.V.m. Art. 115 Abs. 1 StPO). Art. 90 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) bestraft mit Busse, wer Verkehrsregeln nach SVG bzw. der Vollziehungsvorschriften des Bundes verletzt. Das unmittelbar geschützte Rechtsgut dieser Norm ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der reibungslose Ablauf der Fortbewegung auf öffentlichen Strassen. Individualinteressen der Verkehrsteilnehmer, wie z.B. Leib und Leben oder das Eigentum bzw. Vermögen, werden dagegen nur mittelbar geschützt. Kommt es bei einem fahrlässig verursachten Verkehrsunfall lediglich zu einem Sachschaden und stützt sich das Strafurteil deshalb einzig auf Art. 90 Abs. 1 SVG, kann die betroffene Person nicht als Geschädigte i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO gelten. Sie ist mangels Stellung als Privatklägerin nicht zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert.²⁶⁰
- Wird ein Verfahren wegen **Pfändungsbetrugs** eingestellt, ist der Gläubiger nicht zur Beschwerde gegen die Verfahrenseinstellung legitimiert. Eine allfällige Verurteilung wegen Pfändungsbetrugs wirkt sich nicht auf die Zivilansprüche aus.²⁶¹

60b Die Privatklägerschaft muss die Legitimationsvoraussetzungen darlegen. Das Bundesgericht hat sich wiederholt zur **Begründungspflicht** geäußert.²⁶² Dabei hat es insbesondere hervorgehoben,

²⁵⁷ BGer, StA, 13.8.2014, 6B_481/2014, E. 5; StA, 3.3.2015, 6B_1082/2014, E. 1.4; I. ÖRA, 15.6.2011, 1B_200/2011, E. 2.6; StA, 13.2.2015, 6B_1168/2014, E. 1.2.

²⁵⁸ BGer, StA, 23.8.2013, 6B_115/2013, E. 1.4.3.

²⁵⁹ BGer, I. ÖRA, 23.11.2016, 1B_331/2016, E. 1.

²⁶⁰ BGE 138 IV 258 E. 4.

²⁶¹ BGer, I. ÖRA, 8.3.2012, 1B_681/2011, E. 2.3.

²⁶² BGE 141 IV 1 E. 1 (Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Begründungspflicht im Zusammenhang mit Zivilforderungen); 137 IV 219 E. 2.2-2.7 (betr. schwere sich langfristig auswirkende Gesundheitsschäden); BGer, StA, 13.8.2014, 6B_481/2014, E. 5; StA, 27.4.2017, 6B_1162/2016, E. 1.3 (Erbengemeinschaft); StA, 25.5.2016, 6B_284/2016, E. 1.4 (Legitimation verneint, da Zusammenhang zwischen dem angefochtenen Freispruch und der Adhäsionsforderung nicht aufgezeigt); StA, 3.2.2017, 6B_107/2016, E. 3.4 (keine genügende

dass es strenge Anforderungen an die Begründung der Legitimation stellt. Genügt die Beschwerde diesen nicht, so kann nur darauf eingetreten werden, wenn aufgrund der Natur der untersuchten Straftat ohne Weiteres ersichtlich ist, um welche Zivilforderung es sich handelt.²⁶³

h) Laufende Vernehmlassungen zur Geschädigtenlegitimation[header=skip](#)

[header2="60c – 60e"](#)Derzeit laufen (erneut) Vernehmlassungen zur 60c Einschränkung der Geschädigtenlegitimation. Ziff. 5 soll de lege ferenda so geändert werden, dass die Privatklägerschaft, wenn sie nicht gleichzeitig Opfer ist, nur noch gegen Entscheide Beschwerde führen kann, in denen ihre Straf- oder Zivilklage *materiell beurteilt* worden ist. Geschädigte Privatkläger sollen damit von der Beschwerde gegen Prozessurteile (Nichteintretensentscheide) sowie gegen Entscheide über die Einstellung und Nichtanhandnahme des Verfahrens ausgeschlossen werden. Soweit die Privatklägerschaft auch Opfer ist, bleibt das Beschwerderecht demgegenüber unverändert.

Im Evaluationsbericht zur neuen Bundesrechtspflege im Jahr 2013 hat der Bundesrat eine 60d Einschränkung der Geschädigtenlegitimation noch abgelehnt und sich für das geltende Recht ausgesprochen.²⁶⁴ Eine engere Legitimation würde nicht nur in Disharmonie zu den eidgenössischen Prozessordnungen stehen, sondern auch dazu führen, dass den Privatkägern ohne Opfereigenschaft die Überprüfung der Strafbarkeit einer Handlung vor Bundesgericht verwehrt bliebe. Der Bericht VE-BGG führt in diesem Zusammenhang aus, dass der Bundesrat aufgrund der Rückmeldungen des Bundesgerichts eine Neubeurteilung dieser Frage vorgenommen habe und nun entgegen seiner früheren Auffassung die in Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 VE 2015 vorgesehene Einschränkung vorschlage. Neben dem Harmonisierungsgedanken sei auch der Entlastung des Bundesgerichts und der Verfahrensökonomie Rechnung zu tragen.²⁶⁵ Nach früher geltendem Recht sei grundsätzlich nur das Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes zur Beschwerde berechtigt gewesen, nicht jedoch weitere Geschädigte. Seit Inkrafttreten der

Begründung, nachdem der Beschuldigte vor Vorinstanz die Einrede der Litispendenz erhoben hatte und sich die Privatklägerin zur Zulässigkeit des Adhäsionsverfahrens nicht äusserte); I. ÖRA, 20.4.2011, 1B_119/2011, E. 1.2 (Ehrverletzung); StA, 3.10.2013, 6B_94/2013, E. 1.1 (Ehrverletzung); I. ÖRA, 6.7.2011, 1B_219/2011, E. 1.2; I. ÖRA, 29.11.2011, 1B_248/2011, E. 1.3.1; I. ÖRA, 22.7.2011, 1B_230/2011, E. 1.3.2; I. ÖRA, 8.3.2012, 1B_681/2011, E. 2.3 (betr. eine Gläubigerin im Strafverfahren wegen Pfändungsbetrugs).

²⁶³ BGer, StA, 25.9.2017, 6B_352/2017, E. 1.1; BGE 141 IV 1 E. 1.

²⁶⁴ BBl 2013 9077 ff., 9110.

²⁶⁵ Bericht VE-BGG, 7.

geltenden erweiterten Regelung zur Geschädigtenlegitimation im Jahr 2011 sei ein deutlicher Anstieg der Beschwerden von Privatkägern, welche nicht auch Opfer seien, verzeichnet worden. Diese würden relativ häufig nicht materielle Strafurteile, sondern Nichteintretensentscheide oder Entscheide über die Einstellung des Verfahrens betreffen. Die Erfolgsquote dieser Beschwerden sei sehr gering, weil meistens nur die Sachverhaltswürdigung der Strafbehörden bestritten werde, die das Bundesgericht nur in Ausnahmefällen überprüfen könne (Art. 97). Zwar würden diese Verfahren nur einer summarischen Begründung bedürfen, dennoch handle es sich um einen nicht unerheblichen Aufwand, der kaum jemandem diene.²⁶⁶

60e [header2="60c – 60e"](#)Die Argumente im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf überzeugen nicht. Zwar mag zutreffen, dass die Anzahl der Beschwerden von Privatkägern, welche nicht Opfer sind, zugenommen hat. Dies ist jedoch schlechterdings logische Konsequenz der per 1.1.2011 in Kraft getretenen Erweiterung der Beschwerdelegitimation, mit welcher den einfach geschädigten Privatkägern diese Möglichkeit erst eingeräumt wurde. Als Argument für eine Rückkehr zur alten gesetzlichen Regelung überzeugt der Anstieg an Beschwerden deshalb nicht. Auch die im Bericht zahlenmässig nicht näher konkretisierte²⁶⁷ Begründung, dass ein Grossteil der Prozessurteile und Einstellungsverfügungen nur im Hinblick auf Sachverhaltswürdigungen angefochten werden, rechtfertigt keinen entsprechenden Ausschluss der geschädigten Privatkäger von der Beschwerde. Die Beschwerderechte der Betroffenen werden durch die beschränkte Kognition des Bundesgerichts in Bezug auf Sachverhaltsfeststellungen bereits eingeschränkt; ein gänzlicher Ausschluss der Überprüfung vor Bundesgericht ist mit den Rechtsschutzinteressen der Geschädigten nicht vereinbar. Das Bundesgericht kann die Fälle, in welchen es die Feststellungen der Vorinstanz nicht als geradezu unhaltbar erachtet, denn auch mit bloss summarischer Begründung erledigen, wie der Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zutreffend festhält. Letztlich überzeugt auch die geringe Erfolgsquote²⁶⁸ der Beschwerden einer Privatkägerschaft gegen Einstellungsverfügungen und Nichteintretensentscheide als Argument für die vorgeschlagene Beschränkung der

²⁶⁶ Bericht VE-BGG, 6 f.

²⁶⁷ Zwar wird in einer Fussnote erwähnt, dass das BGer im Jahr 2014 393 Beschwerden einer Privatkägerschaft gegen Einstellungsverfügungen und Nichteintretensentscheide verzeichnete (Bericht VE-BGG, 7 FN 14). Allerdings äussert sich der Bericht nicht dazu, welche dieser Beschwerden nur im Hinblick auf Sachverhaltswürdigungen angefochten wurden. Auch der Geschäftsbericht 2014 des BGer enthält hierzu keine weiteren Angaben (10).

²⁶⁸ Insgesamt sind im Jahr 2014 4 von 212 erledigten Beschwerden gutgeheissen worden, somit 2 % (Bericht VE-BGG, 7 FN 15).

Geschädigtenrechte nicht. Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels können nicht entscheidend sein für die Frage, ob in einem Bereich grundsätzlich Rechtsschutz bestehen muss.²⁶⁹-

[header=skip](#)

[header2="60f ~ 60h"](#)Gegen die vorgeschlagene Gesetzesänderung spricht 60f zudem, dass bei Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen sowie Prozessurteilen keine materielle Beurteilung erfolgt. Gerade in diesen Fällen muss eine höchstrichterliche Überprüfung gewährleistet werden. Auch die Privatkläger, welche nicht Opfer sind, müssen sich gegen die Weigerung der kantonalen Instanzen zur Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens bzw. zur inhaltlichen Beurteilung einer Strafsache zur Wehr setzen können.

Auch steht das geltende Recht im Einklang mit den eidgenössischen Prozessordnungen. Die 60g Gleichstellung von Opfern und Geschädigten wurde mit dem Inkrafttreten der Strafprozessordnung und des Strafbehördenorganisationsgesetzes in das Bundesgerichtsgesetz aufgenommen. Sie geht auf den in der Strafprozessordnung vorgesehenen Begriff der Privatklägerschaft und die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zurück, in Bezug auf die Parteilassung auf eine Unterscheidung zwischen Opfer und Geschädigten weitgehend zu verzichten. Mit der entsprechenden Regelung im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht sprach sich der Gesetzgeber für einen einheitlichen Rechtsschutz aus und entfernte sich bewusst von dem vom Bundesgericht praktizierten Ausschluss der Geschädigtenbeschwerde.

[header2="60f ~ 60h"](#)Eine (erneute) Änderung der Geschädigtenlegitimation 60h erscheint schliesslich im Hinblick auf die Rechtssicherheit problematisch: Bei Betrachtung der bereits dargelegten historischen Entwicklung (N ■) wird das ständige Hin und Her von Beschränkung und Ausbau der Geschädigtenlegitimation in den letzten Jahren deutlich. Das Interesse des Bundesgerichts an Entlastungsmöglichkeiten ist nachvollziehbar, vermag allerdings die gewichtigen entgegenstehenden Interessen nicht zu überwiegen. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung, welche sich derzeit noch in den Vernehmlassungen befindet, ist deshalb abzulehnen.

i) Zusammenfassung

Unter bisherigem Recht waren die einfachen Geschädigten im Zivilpunkt (■N 13j), bei der 61 Geltendmachung von Verfahrensrechten («Star-Praxis»; ■N 13s) sowie etwa in

²⁶⁹ Im Übrigen wurden im Jahr 2014 z.B. auch nur 4.3 % der strafrechtlichen Revisionsgesuche gutgeheissen und bei den Beschwerden in Strafsachen allgemein lag die Erfolgsquote bei ebenfalls relativ geringen 14.5 % (vgl. Geschäftsbericht 2014 des BGer, 20).

Einziehungsfällen nach Art. 70 ff. StGB (N 13u) umfassend zur Beschwerde legitimiert. Die vom Gesetzgeber gewünschte Ausdehnung der Legitimation des Privatklägers²⁷⁰ muss sich indes auf Punkte beziehen, in denen der Geschädigte bisher von der Beschwerde ausgeschlossen war. Dies trifft insbesondere zu auf Anfechtungen im Strafpunkt (N 13k). Bisher waren Geschädigte sowohl im Schuld- als auch im Bestrafungspunkt kategorisch von der Beschwerde ausgeschlossen. Hier wird das Bundesgericht seine Zulassungspraxis lockern müssen, soweit Geschädigte Auswirkungen auf den Zivilpunkt in seiner Beschwerde glaubhaft darlegen (Art. 42). Dasselbe muss auch für Geschädigte gelten, die durch Beamte geschädigt wurden (N 13r).

62 Der frühere Bundesgerichtspräsident hatte sich zur Legitimation der Privatkläger geäußert: *«Welche Auswirkungen die Erweiterung des Beschwerderechts haben wird, ist noch nicht absehbar. Das Bundesgericht schreibt im Übrigen seine bisherige Rechtsprechung fort.»*²⁷¹ Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht seine Zulassungspraxis lockert. Es entspricht einem modernen Prozessrechtsverständnis, die als Privatkläger konstituierten Opfer und Geschädigten mit den übrigen Parteien auf Augenhöhe zu stellen (Art. 104 StPO). Der Respekt vor Deliktsbetroffenen gebietet, Beschwerden zumindest entgegenzunehmen, selbst wenn deren inhaltliche Behandlung mit einem gewissen Mehraufwand verbunden ist. Aus diesem Grund ist auch die vorgeschlagene Änderung von Art. 81 Abs. 1 Ziff. 5, wonach einfach geschädigte Privatkläger inskünftig von der Beschwerde gegen Prozessurteile, Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen ausgeschlossen werden sollen, abzulehnen.

9. Strafantragsteller/in (Ziff. 6)

63 Die Person, die den Strafantrag stellt, ist zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, soweit es um das **Strafantragsrecht als solches** geht. Auch diese Bestimmung wurde tel quel aus dem

²⁷⁰ Vgl. die Ausführungen zur Gesetzgebungsgeschichte in der Kommentierung zur Legitimation des Privatklägers N 24 ff. sowie: Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweitrat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 122 ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

²⁷¹ MEYER, ZBJV 2010, 850.

alten Recht übernommen.²⁷² Mit der Legitimation der strafantragstellenden Person in Bezug auf den Strafantrag soll einzig sichergestellt werden, dass die Bestimmungen über den Strafantrag (Art. 30 ff. StGB) bundesweit einheitlich angewendet werden. Ziff. 6 verschafft dem Strafantragsteller kein Recht, den Entscheid in der Sache anzufechten.²⁷³ Ist die Antragstellerin mit der Verurteilung des Täters und damit mit dem Entscheid in der Sache nicht einverstanden, so geht es nicht länger um das Strafantragsrecht als solches.²⁷⁴ Sie ist dann allenfalls als Privatklägerin zur Beschwerde legitimiert.²⁷⁵ Um das Strafantragsrecht als solches geht es zum Beispiel, wenn streitig ist, ob sich der Untersuchungsrichter bei der Verfahrenseinstellung zu Recht auf die Unteilbarkeit des Strafantrags gemäss Art. 31 Abs. 3 StGB stützte.²⁷⁶ Ebenso kann die strafantragstellende Person etwa vorbringen, sie habe die dreimonatige Strafantragsfrist i.S.v. Art. 31 StGB entgegen dem angefochtenen Entscheid eingehalten.²⁷⁷ Weiter kann sie rügen, sie sei als Stockwerkeigentümerin betreffend einen gemeinschaftlichen Teil (Besucherparkplätze) berechtigt, selbständig Strafantrag zu stellen.²⁷⁸

Zu beachten ist, dass der Strafantragsteller nach neuem Recht mit der Stellung seines Antrags eo ipso zum **Privatkläger** wird. Nach Art. 118 StPO gilt als Privatklägerschaft die geschädigte Person, die *ausdrücklich erklärt*, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen (Abs. 1). Der Strafantrag ist dieser Erklärung gleichgestellt (Abs. 2). Da das Bundesgericht die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 29 Abs. 1),²⁷⁹ ist beim Strafantragsteller immer auch zu untersuchen, ob er nicht als Privatkläger zur Beschwerde zuzulassen ist.

²⁷² Art. 270 lit. f aBStP; vgl. BGE 136 IV 29 E. 1.4.

²⁷³ BGer, StA, 23.3.2009, 6B_948/2008, E. 1.2.1; BGE 127 IV 185 E. 2.

²⁷⁴ BGE 127 IV 185 E. 2; vgl. auch BGE 120 IV 107 E. 1b; BGer, I. ÖRA, 11.5.2011, 1B_70/2011, E. 2.2.3; StA, 24.5.2011, 6B_1093/2010, E. 3.

²⁷⁵ Vgl. dazu die Kommentierung zur Legitimation des Privatklägers, N 22 ff.

²⁷⁶ BGer, StA, 23.11.2006, 6P.24/2006, E. 1, nicht publ. in BGE 132 IV 97.

²⁷⁷ BGer, I. ÖRA, 11.5.2011, 1B_70/2011, E. 2.2.3; StA, 3.11.2009, 6B_559/2009, E. 1.2.

²⁷⁸ BGer, StA, 27.2.2014, 6B_880/2013, E. 2 und 3; weitere Rügegründe etwa BGE 141 IV 205 E. 6.4 (sowie nicht publ. E. 2.3 und 2.4, BGer, StA, 19.5.2015, 6B_1045/2014) betr. Gültigkeit eines Strafantrags bei einem Dauerdelikt; BGer, StA, 18.3.2010, 6B_913/2009, E. 1 betr. Verfahrenseinstellung aufgrund eines als rechtsmissbräuchlich qualifizierten Strafantrags.

²⁷⁹ BGer, StA, 12.11.2009, 6B_536/2009, E. 1.1; abweichend BGer, I. ÖRA, 30.9.2008, 1B_288/2007, E. 1.4: «*il ricorrente deve dimostrare la sua legittimazione*» (Beschwerde durch Eidg, StV).

65 Die Strafantragstellerin darf nicht verwechselt werden mit der Person, die Strafanzeige erstattet.²⁸⁰ Aus der Stellung als **Strafanzeigerin** als solche ergibt sich keine Beschwerdelegitimation.²⁸¹ Soweit die Strafanzeige erstattende Person gleichzeitig das Opfer der angezeigten Straftat ist, ist sie allenfalls in dieser Eigenschaft nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 beschwerdelegitimiert, wenn sie sich als Privatklägerin im Verfahren konstituiert.

10. Beschwerdeberechtigung in Verwaltungsstrafsachen (Ziff. 7)

66 Die **Bundesanwaltschaft**²⁸² und die **beteiligte Verwaltung** (z.B. die Eidgenössische Zoll- oder Steuerverwaltung)²⁸³ sind in Verwaltungsstrafsachen nach dem Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht zur Beschwerde legitimiert. In der älteren Rechtsprechung hatte das Bundesgericht die beteiligte Verwaltung zunächst zur Nichtigkeitsbeschwerde in Verwaltungsstrafsachen zugelassen,²⁸⁴ dann wieder ausgeschlossen und nur noch die Bundesanwaltschaft zugelassen.²⁸⁵ Weil in Verwaltungsstrafsachen die ganze Fachkompetenz bei der beteiligten Verwaltung liegt, wurde Art. 83 Abs. 1 VStrR durch die «Effizienzvorlage» explizit um eine Beschwerdeberechtigung der beteiligten Verwaltung erweitert.²⁸⁶ Diese Regelung wurde im Rahmen der formellen Bereinigung des Bundesrechts nachträglich auch in das Bundesgerichtsgesetz überführt.²⁸⁷ Bei der **beteiligten Verwaltung** handelt es sich um die Behörde, welche nach Art. 20 Abs. 1 VStrR für die Untersuchung zuständig ist, den Strafbescheid sowie die Strafverfügung erlassen hat und die im Verfahren der gerichtlichen Beurteilung gemäss Art. 74 Abs. 1 VStrR Parteistellung hat.²⁸⁸ Das VStrR ist (mit Ausnahme der von der Eidgenössischen Steuerverwaltung geführten besonderen Strafuntersuchung nach Art.

²⁸⁰ Zur Abgrenzung vgl. BSK StGB³ -RIEDO, vor Art. 28 N 16.

²⁸¹ BGE 129 IV 197 E. 1; 128 IV 37 E. 3.

²⁸² Im Gesetzestext ist die Rede von «Staatsanwaltschaft des Bundes»; zur Terminologie vgl. N ■.

²⁸³ BGer, StA, 16.10.2008, 6B_686/2008, E. 1 (Beschwerdelegitimation der Eidg. Zollverwaltung); s.a. BGer, I. ÖRA, 30.9.2008, 1B_288/2007, E. 1.4.5 (Eidg. StV).

²⁸⁴ BGE 105 IV 286 E. 3.

²⁸⁵ BGE 117 IV 484 E. 2; dazu Botschaft «Effizienzvorlage» BBl 1998 1529, 1560.

²⁸⁶ Botschaft «Effizienzvorlage» BBl 1998 1529, 1560 und 1577; BGE 128 IV 92 E. 4c.

²⁸⁷ Botschaft formelle Bereinigung BBl 2007 6121, 6151; AS 2008 3437, 3441; vgl. BGer, StA, 23.8.2011, 6B_429/2011, E. 1.5.

²⁸⁸ BGer, StA, 23.8.2011, 6B_429/2011, E. 1.5.

190 ff. DBG²⁸⁹) im Bereich der direkten Einkommens- und Vermögenssteuern nicht anwendbar.²⁹⁰

²⁸⁹ Vgl. dazu BGE 137 IV 145 E. 1.

²⁹⁰ BGer, StA, 23.8.2011, 6B_429/2011, E. 1.5 (keine Beschwerdelegitimation der kant. Steuerverwaltung im Strafverfahren wegen Steuerbetrugs).

III. Beschwerdeberechtigung in Mitteilungs- und Delegationsstrafsachen (Abs. 2)

- 67 Die Bundesanwaltschaft²⁹¹ ist zur Beschwerde berechtigt, wenn das Bundesrecht vorsieht, dass ihr der **Entscheid mitzuteilen** ist (Art. 81 Abs. 2). Welche Entscheide der Bundesanwaltschaft mitzuteilen sind, ergibt sich aus Art. 1 Ziff. 2 und Art. 2 der Verordnung vom 10.11.2004 über die Mitteilung kantonaler Strafentscheide (Mitteilungsverordnung; SR 312.3).²⁹²
- 68 Die Bundesanwaltschaft ist ferner zur Beschwerde berechtigt, wenn die Strafsache den kantonalen Behörden zur Beurteilung überwiesen worden ist (Art. 81 Abs. 2). Mit den überwiesenen Strafsachen sind die so genannten **Delegationsstrafsachen** (Art. 25 StPO) gemeint. Strafsachen der «Bundesgerichtsbarkeit» (Art. 23 f. StPO, «Juridiction fédérale», «Giurisdizione federale») kann die Bundesanwaltschaft zur Untersuchung und/oder Beurteilung an die Kantone delegieren.²⁹³ Grundsätzlich verfolgt die Bundesanwaltschaft Straftaten, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen. In diesen Fällen ist sie als Untersuchungs- und Anklagebehörde gestützt auf Art. 81 Abs. 1 lit. B Ziff. 3 zur Beschwerde legitimiert. Tritt sie die Untersuchung und Beurteilung an einen Kanton ab, so behält sie über Art. 81 Abs. 2 die Möglichkeit, das letztinstanzliche kantonale Urteil mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weiterzuziehen. Damit kann eine einheitliche Anwendung der Straftaten in Bundeszuständigkeit abgesichert werden.

²⁹¹ Im Gesetzestext ist die Rede von «Staatsanwaltschaft des Bundes»; zur Terminologie vgl. N 18.

²⁹² AS 2004 4865.

²⁹³ SCHMID, Handbuch², Rz. 407 ff.; zum alten Recht (Art. 18 f. BStP; Art. 336 f. StGB) vgl. BSK StGB³-NAY/THOMMEN, Art. 336 N 19 ff.

IV. Behördenlegitimation betreffend Straf-/Massnahmenvollzug (Abs. 3)

Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 78 Abs. 2 lit. b) können auch 69 von der Bundeskanzlei, den **Departementen des Bundes** oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, den ihnen unterstellten Dienststellen angefochten werden, wenn der angefochtene Entscheid die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann (Art. 81 Abs. 3). Entscheide über den Straf- und Massnahmenvollzug galten unter altem Recht als materiell verwaltungsrechtlicher Natur und unterlagen deshalb letztinstanzlich nicht der Nichtigkeits- sondern der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Auch wenn sich an dieser formellen Einschätzung nichts geändert hat, unterstehen sie wegen ihrer Nähe zum Strafrecht der Beschwerde in Strafsachen. Art. 81 Abs. 3 übernimmt insoweit die Regelung von Art. 103 lit. b OG. Gemäss der Botschaft dürfe der Einbezug des Straf- und Massnahmenvollzugsbereichs in die Beschwerde in Strafsachen nicht dazu führen, dass das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement davon abgehalten wird, gegen einen einschlägigen kantonalen Entscheid Beschwerde zu führen.²⁹⁴ Soweit ersichtlich bestehen indes keine Präzedenzfälle, in denen ein Bundesamt in Bezug auf Straf- und Massnahmenvollzug Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt hat.²⁹⁵ Praxisgemäss wurde das EJPD hingegen zur Stellungnahme zu solchen Beschwerden eingeladen.²⁹⁶ [header=skip](#)
[header2="70 – 71b"](#) Auch bei der Beschwerde nach Art. 81 Abs. 3 stellt sich die 70 Frage, inwieweit die Behörden die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen können.²⁹⁷ In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde war es den Behörden verwehrt, Grundrechte anzurufen.²⁹⁸

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Wahrung rein öffentlicher Interessen nach Art. 71 81 Abs. 3 im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs (Art. 78 Abs. 2 lit. b) dem Eidgenössischen **Justiz- und Polizeidepartement** vorbehalten. Das **Amt für Justizvollzug** des Kantons Zürich hat keine eigenen, rechtlich geschützten Interessen an der Aufhebung eines

²⁹⁴ Botschaft 20014318.

²⁹⁵ Vgl. immerhin BGer, StA, 29.11.2005, 6A.47/2005, E. 2.

²⁹⁶ BGE 122 IV 8; ferner BGer, KassH, 6.3.1995, 6A.147/1994, lit. g, Pra 1996, Nr. 175, 643.

²⁹⁷ Vgl. dazu die Kommentierung zur Staatsanwaltschaft N 16f., sowie ausführlich die 1. Aufl. Art. 81 N 7.

²⁹⁸ BGE 122 IV 8 E. 2a; vgl. das obiter dictum in BGE 124 II 409 E. 5.

Verwaltungsgerichtsentscheid, mit dem es angewiesen wird, eine bedingte Entlassung näher zu prüfen.²⁹⁹ Das Bundesgericht entschied, dass das **Bezirksamt Münchwilen/TG** nicht zur Anfechtung einer für nichtig erklärten Friedensbürgschaft berechtigt ist. Einzig das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ist auf diesem Gebiet zur Wahrung rein öffentlicher Interessen befugt.³⁰⁰ Jedoch ist die Staatsanwaltschaft im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ohne Einschränkung beschwerdeberechtigt.³⁰¹

71a Derzeit laufen gesetzgeberische Vernehmlassungen, wonach in Art. 81 neu ein Abs. 4 eingefügt werden soll. Inskünftig sollen die Kantone vorsehen können, dass eine mit Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betraute Behörde zur Beschwerde gegen kantonale Entscheide nach Art. 78 Abs. 2 lit. b berechtigt ist.³⁰² Diese Änderung geht auf eine Forderung in der Motion Amherd zur Vereinheitlichung des Verfahrensrechts bei der Vollstreckung von Strafurteilen zurück³⁰³ und wird im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf unter anderem damit begründet, dass derzeit einige Kantone für das kantonale Verfahren eine Vollzugsbehördenbeschwerde geschaffen haben, um den Weiterzug von richterlichen Entscheiden zu ermöglichen, namentlich soweit Sicherheitsaspekte betroffen sind. Diese Beschwerderechte entfalten jedoch nur auf kantonaler Ebene Wirkung. Der neue Abs. 4 soll eine entsprechende bundesgesetzliche Grundlage für ein Beschwerderecht der Vollzugsbehörden vor Bundesgericht schaffen.³⁰⁴

71b [header2="70 – 71b"](#)Zum vorgeschlagenen Abs. 4 sei immerhin anzumerken, dass nicht verständlich ist, weshalb die Behördenrechte sowohl auf gesetzlicher Ebene als auch gemäss Rechtsprechung stetig weiter ausgebaut werden sollen.³⁰⁵ Dies gilt umso mehr, als damit auch eine Mehrbelastung des Bundesgerichts verbunden ist, welche jeweils zu Lasten des Rechtsschutzes der Geschädigten ausgeglichen werden soll (N ■).

²⁹⁹ BGE 133 IV 121 E. 1; ebenso BGE 139 I 51 E. 2.3 (Kanton Freiburg).

³⁰⁰ BGer, StA, 13.8.2009, 6B_351/2009, E. 1.

³⁰¹ BGer, StA, 16.12.2013, 6B_664/2013, E. 1.1.

³⁰² Art. 81 Abs. 4 VE 2015.

³⁰³ Motion Amherd, 13.4296.

³⁰⁴ Bericht VE-BGG, 18.

³⁰⁵ Vgl. dazu auch das umfassende Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 81 Abs. 1 Ziff. 3 und die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts (N ■).

V. Weitere Legitimierte

Aus der offenen Formulierung von Art. 81 folgt, dass wer die vorinstanzliche 72 Verfahrensteilnahme und eine Verletzung in rechtlich geschützten Interessen nachweisen kann, zur Beschwerde legitimiert ist.³⁰⁶ Bereits in der Botschaft genannt wurden die **Nachkommen** der Beschuldigten und Geschädigten. **Erbengemeinschaften** sind zur Beschwerde legitimiert, sofern sie als Erbengemeinschaft am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt waren und ein Rechtsschutzinteresse nachweisen können, was etwa für die Verletzung von Verfahrensrechten, die Verweigerung von Entschädigung und Genugtuung an die Erbengemeinschaft und die Verletzung retentionsrechtlicher Herausgabeansprüchen bejaht wurde.³⁰⁷ In einem anderen Fall verstarb der beschuldigte Beschwerdeführer nach Erhebung der Beschwerde in Strafsachen. Das Bundesgericht verneinte die Legitimation der Erben zur Anfechtung der strafrechtlichen Verurteilung und des damit zusammenhängenden Kosten- und Entschädigungspunkts, liess sie jedoch zur Beschwerde gegen die dem Verstorbenen auferlegten Schadenersatzzahlungen zu.³⁰⁸ Wie unter altem Recht hat die Einreichung der Beschwerde durch sämtliche Erben gemeinsam respektive durch einen gemeinsam bestellten Erbenvertreter, Willensvollstrecker oder Erbschaftsverwalter zu erfolgen, weil nur die Gesamtheit der Erben berechtigt ist, die der Gemeinschaft zustehenden Ansprüche geltend zu machen.³⁰⁹ Auch die durch eine **Einziehung**³¹⁰ oder **Urteilspublikation** berührten Personen sind 73 beschwerdelegitimiert. Ferner wurden die **Unternehmung** (Art. 102f. StGB), durch strafprozessuale **Zwangsmassnahmen** betroffene Dritte, **Friedensbürgen** und durch **Kosten- und Entschädigungsentscheide** betroffene Personen erwähnt.³¹¹ Wie bereits oben ausgeführt³¹² sind Geschädigte beschwerdeberechtigt gegen den Verzicht auf 74 **Einziehung** beziehungsweise ersatzweise Einforderung der Erträge, gegen den Entscheid über

³⁰⁶ BGE 133 IV 228 E. 2.3.

³⁰⁷ BGer, StA, 12.8.2007, 6B_482/2007, 6B_483/2007, 6B_176/2008, 6B_180/2008, E. 16 ff.; DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 N 2549.

³⁰⁸ BGer, StA, 20.5.2009, 6B_459/2008, E. 3.4; StA, 15.7.2013, 6B_16/2012, E. 1 und 2.

³⁰⁹ BGE 102 Ia 430 E. 3; BGer, StA, 27.4.2017, 6B_1162/2016, E. 1.2 (betr. Straftaten zum Nachteil einer Erbengemeinschaft).

³¹⁰ BGE 133 IV 278 E. 1.3.

³¹¹ SCHMID, ZStrR 2006, 187.

³¹² Vgl. N 7 und 60.

die Verwendung des **Verwertungserlöses** (Art. 73 Abs. 1 StGB)³¹³ oder gegen die Aufhebung von **Kontosperrern** und die Herausgabe beschlagnahmter **Vermögenswerte** (Art. 70 Abs. 1 StGB).³¹⁴ Der angeblich an einem **konfiszierten Konto** (Art. 73 BStP) Berechtigte ist ebenfalls zur Beschwerde legitimiert.³¹⁵

75 In BGE 133 IV 335 bejahte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation eines **amtlichen Verteidigers**, dem sein Mandat wegen Interessenkonflikten entzogen worden war. SCHMID kritisiert, dass das rechtlich geschützte Interesse in casu auf Präjudizien gestützt wurde, die nicht die Beendigung, sondern die Entschädigung amtlicher Mandate betrafen. Der Anwalt habe kein rechtlich geschütztes Interesse an der Fortführung seines Mandats.³¹⁶ Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wenn sich ein Anwalt gegen Entscheide zur Wehr setzen kann, die die Ausübung seines amtlichen Mandats einschränken (z.B. durch zu geringe Bezahlung), sollte er sich doch erst recht gegen Entscheide wehren können, die sein Mandat beenden.³¹⁷

76 Der **Insolvenzverwalter** einer in Konkurs gefallenen Aktiengesellschaft, welche für einen Beschuldigten eine Kautionsleistung geleistet hat, ist zur Erhebung der Beschwerde an das Bundesgericht in eigenem Namen legitimiert. In casu ging es um eine (Flucht-)Kautionsleistung, die eine Aktiengesellschaft für einen in ein Betrugsverfahren verwickelten Beschuldigten stellte. Nach dem teilweisen Freispruch des Beschuldigten beschlossen die kantonalen Instanzen die Freigabe der Kautionsleistung und deren sofortige Beschlagnahme zur (verrechnungsweisen) Deckung der Verfahrenskosten. Dagegen wandte sich der (deutsche) Insolvenzverwalter der Aktiengesellschaft mit Erfolg. Gemäss Bundesgericht ist der Insolvenzverwalter auch ohne vorgängige Durchführung eines selbständigen **Anerkennungsverfahrens** und ohne Anhebung eines **Anschlusskonkurses** gemäss Art. 166 ff. IPRG zur Beschwerde zugelassen. Durch die (im Ergebnis als unhaltbar taxierte) «Verrechnung» der Kautionsleistung, sei die Konkursmasse der AG in ihren rechtlich geschützten Interessen tangiert.³¹⁸

³¹³ BGer, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.2; StA, 24.8.2009, 6B_53/2009, E. 1.2; I. ÖRA, 12.3.2008, 1B_212/2007, E. 1.4.

³¹⁴ BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/2007, E. 1.4 m. Hinw. auf BGE 126 I 97 E. 1a.

³¹⁵ BGE 133 IV 278 E. 1.3.

³¹⁶ SCHMID, Handbuch², Rz. 1652 FN 530.

³¹⁷ Vgl. auch BGer, I. ÖRA, 17.6.2013, 1B_120/2013, E. 2; StA, 7.5.2012, 6B_45/2012, E. 1.2.

³¹⁸ BGE 135 I 63 E. 1.1.

