

*Julia Meier / Nadine Zurkinden / Lukas Staffler (Hrsg.)*

# **Recht und Innovation**

*Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung  
für das Recht*

*Analysen und Perspektiven von  
Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen  
Instituts der Universität Zürich*

**DIKE** 



**Julia Meier / Nadine Zurkinden / Lukas Staffler (Hrsg.)**

# **Recht und Innovation**

## **Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht**

Analysen und Perspektiven von Assistierenden des  
Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich

**DIKE** 

## Unterstützerinnen und Unterstützer

Wir bedanken uns bei:

- Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich
- UZH Kommission für Gleichstellung der Geschlechter
- DIKE Verlag AG, Zürich
- SWISSLEX – Schweizerische Juristische Datenbank AG
- Prof. Dr. iur. Felix Dasser, Homburger
- CMS von Erlach Poncet AG
- Hypothekarbank Lenzburg
- Ius Alumni, Alumni-Organisation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
- Lenz & Staehelin
- Umbricht Rechtsanwälte
- Walder Wyss AG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

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

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2020

ISBN 978-3-03891-151-7

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

---

# Inhaltsverzeichnis

Geleitwort der Dekanin	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Autorinnen- und Autorenverzeichnis	XXVII
Herausgeberinnen und Herausgeber	XXXIII

## Gastbeitrag

*Marc Thommen / David Eschle*

Was tun wir Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn wir forschen? Klassische Dogmatik versus empirische Rechtsforschung als innovativer Weg	3
--	---

## Innovation durch Recht

*Matthias Hächler*

Lost in Translation? Zum Innovationsgehalt normativer Übersetzungen	19
--	----

*Anna Elisa Stauffer / Lea Schneider*

<i>Implied Power</i> -Theorie in der WTO-Rechtsprechung Auslegung der GATT-Ausnahmeregelung zum Umweltschutz nach der <i>Implied Power</i> -Theorie	33
---	----

*Serge Biggoer*

Vedanta v Lungowe An analysis of the judgement of the UK Supreme Court	47
---	----

*Christoph Burckhardt*

Berichterstattungspflicht zur Corporate Social Responsibility Innovative Form von Regulierung?	63
---	----

*Rika Koch*

Das öffentliche Beschaffungswesen als Innovationsinstrument	81
---	----

*Fanny Pulver*

The OECD National Contact Points

An Innovative Grievance Mechanism for Corporate-Related Human Rights Abuses? 97

*Florian Schweighofer*

Innovationen in der Revision des Aktienkapitalrechts

Einschätzung geplanter und verpasster Revisionsvorhaben 113

## **Innovation im Recht**

*Martina Farag-Jaussi*

Strafrechtliche Folgen von brennenden Akkus

Eine Konkretisierung der Sorgfaltspflicht von Privatpersonen im Umgang mit Lithium-Ionen-Akkumulatoren 131

*Anna Sara Züst*

Zur deliktsrechtlichen Zurechnung von Autonomierisiken beim Einsatz künstlicher Intelligenz

147

*Dimitrios Tsilikis*

Auf der grenzüberschreitenden Suche nach E-Evidence im Strafverfahren: die Unionsrechtsperspektive im digitalen Zeitalter

163

*Ivan Gunjic*

Die schweizerische Demokratie und «Fake News»

Eine Beurteilung der bundesrechtlichen Rahmenbedingungen zum Schutz eidgenössischer Urnengänge vor Falschnachrichten durch private Akteure 179

*Volker Kang / Fabrizio Wyss*

An Analysis of Key Information Documents in the EU and Switzerland 195

*Lucas Forrer / Floris Zuur / Matthias P. A. Müller*

Künstliche Intelligenz im Aktienrecht

Einsatz im Rahmen der Geschäftsführung und Verantwortlichkeit 211

## **Innovation als Herausforderung für das Recht**

*Nicole Nickerson / Youlo Wujohktsang*

Feminist Movements and the Critique of Human Rights  
The Swiss Feminist Strike as Part of a Larger Movement 229

*Anna Boos / Natalie Michèle Pompe*

Die demokratische Legitimität der Anwendung Künstlicher Intelligenz  
in der Rechtsprechung 243

*Carla Bergianti / Raphael Riedo*

Der Staat als Nutzer Sozialer Medien – Kritische Beleuchtung  
staatlicher Verhaltensregeln 257

*Anne Elisabeth Schnierer / Fabian David Glinz*

Die AHV-Versichertennummer als Personenidentifikator im Verhältnis  
zur Applizierung und Bekanntgabe von Personendaten im Grundbuch 273

*Tabea Berger*

Laufsteg frei für Designerbabys  
Ein Blick auf «CRISPR/Cas9» als zukünftiges Spannungsfeld zwischen Elternrechten  
und Kinderschutz 287

*Simon Henseler*

Was ist eine automatisierte Entscheidung?  
Zum Tatbestand von Art. 22 Abs. 1 DSGVO 301

---

# Was tun wir Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn wir forschen?

## Klassische Dogmatik versus empirische Rechtsforschung als innovativer Weg

Marc Thommen / David Eschle\*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	3
II.	Klassische Dogmatik	5
III.	Empirische Rechtsforschung	8
	A. Untersuchungsgegenstand	10
	1. Überweisungen vs. Anklagen	11
	2. Freiheitsstrafen vs. Geldstrafen	12
	B. Untersuchungsergebnisse	13
IV.	Schlussbetrachtung	15

## I. Einleitung

Die Studentin, die ihre Masterarbeit verfasst, der Assistent, der an seiner Dissertation sitzt, die Professorin, die an einer Kommentierung schreibt und alle anderen, die sich wissenschaftlich mit dem Recht auseinandersetzen, kennen die Frage, die früher oder später mit Sicherheit von Familienmitgliedern, Freunden oder Bekannten gestellt wird: «*Sag mal, was macht ihr Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn ihr forscht?*» Manchmal verbirgt sich dahinter ein spöttischer Unterton, meist aber ehrliches Interesse.<sup>1</sup> In der Allgemeinheit herrscht ein naturwissenschaftlich geprägtes Bild von Forschung. Man hat Ärztinnen vor Augen, die in klinischen Studien die Wirksamkeit von Stoffen überprüfen,<sup>2</sup> oder Geografen,

---

\* Marc Thommen, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Verwaltungsstrafrecht, Universität Zürich. David Eschle, MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand, Universität Zürich.

<sup>1</sup> Legendär hierzu JULIUS H. VON KIRCHMANN, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848 <http://sammlungen.ub.uni-frankfurt.de/1848/urn:urn:nbn:de:hebis:30:2-21092> (18. Dezember 2019).

<sup>2</sup> KASPAR BERNEIS et al., Ezetimibe alone or in combination with simvastatin increases small dense low-density lipoproteins in healthy men, European Heart Journal 2010, S. 1633.

die mittels spektroskopischer Sensoraufnahmen aus der Luft versuchen, die Biodiversität unseres Planeten zu messen.<sup>3</sup>

Von Juristinnen weiss man nur, dass sie in Bibliotheken eifrig Gesetzestexte wälzen, Gerichtsentscheide lesen und dazu Kommentare schreiben. Wie sie zu neuen Erkenntnissen gelangen, ist in der Regel unbekannt. Und diejenigen Laien, die eine Vorstellung von rechtswissenschaftlicher Dogmatik haben, sind oft skeptisch gegenüber der Qualität juristischer Erkenntnis. Viele sehen darin lediglich subjektive Meinungen, die im Gegensatz zu den evidenzbasierten Resultaten naturwissenschaftlicher Forschung nicht im Glanz objektiver Wahrheit erstrahlen. Damit werden wir Juristen natürlich an einem wunden Punkt getroffen. Welchen Wahrheitsanspruch kann juristische Forschung überhaupt erheben?<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund ist es wohl kein Zufall, dass allenthalben *Law Labs*<sup>5</sup> und *Law Clinics*<sup>6</sup> aus dem Boden spriessen, welche bereits in ihrer Bezeichnung einen erkenntnistheoretischen Minderwertigkeitskomplex der Rechtswissenschaft erahnen lassen.

In der Folge versuchen wir, eine (zugegebenermassen holzschnittartige) Antwort auf die Frage zu geben, wie juristische Forschung in traditioneller Weise operiert (II.) und sodann mit einem Blick auf die empirische Rechtsforschung einen neuen und wachsenden Zweig juristischer Erkenntnisgewinnung vorzustellen (III.), um abschliessend auf den Wahrheitsanspruch der Rechtswissenschaft zurückzukommen (IV.). Ersteres möchten wir u.a. am Beispiel der Habilitationsschrift des Co-Autors aufzeigen, in der dieser die Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren auf die Frage hin untersucht hat, ob es einen kurzen, aber dennoch fairen Prozess gibt.<sup>7</sup> Den zweiten Punkt werden wir an unserem Nationalfondsprojekt «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren» illustrieren, in dem wir die Strafbefehlspraxis in vier Kantonen einer empirischen Untersuchung unterzogen haben.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Luis Guanter et al., *The EnMAP Spaceborne Imaging Spectroscopy Mission for Earth Observation, Remote Sensing* 2015, S. 8830.

<sup>4</sup> S. dazu etwa INGEBORG PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3. Aufl., Göttingen 2014, S. 203, wonach Gegenstand der Jurisprudenz «[...] nichts anderes war, als die prinzipiell zufälligen Erzeugnisse des Willens eines historischen Gesetzgebers, also kaum ein würdiger Gegenstand ewiger Erkenntnis».

<sup>5</sup> S. bspw. «The Law Lab», Illinois Tech, Chicago-Kent College of Law, <https://www.thelawlab.com/> (18. Dezember 2019).

<sup>6</sup> S. bspw. «Human Rights Law Clinic», Universität Bern, Institut für öffentliches Recht, [https://www.krim.unibe.ch/studium/lehrveranstaltungen/law\\_clinic/index\\_ger.html](https://www.krim.unibe.ch/studium/lehrveranstaltungen/law_clinic/index_ger.html) (18. Dezember 2019); «Law Clinic – anwaltliche Praxis», Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät, <https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/tag/LehreStudium/1v/Herbstsemester-2019/Law-Clinic--Anwaltliche-Praxis.html> (18. Dezember 2019).

<sup>7</sup> MARC THOMMEN, *Kurzer Prozess – fairer Prozess?*, Luzern, Bern 2013.

<sup>8</sup> 2017 hat der Schweizerische Nationalfonds Prof. MARC THOMMEN (Universität Zürich) und Prof. ANDRÉ KUHN (Universität Neuenburg) Gelder für die Durchführung des genannten Forschungsprojekts zugesprochen, s. <https://perma.cc/FK7P-NRJX> (18. Dezember 2019).

## II. Klassische Dogmatik

Die Unklarheiten darüber, was juristische Forschung ausmacht, beginnen bereits mit dem *Forschungsgegenstand*. Während sich Naturwissenschaftlerinnen oft für ein ganz konkretes, physisches Untersuchungsobjekt, z.B. einen Fadenwurm (*Caenorhabditis elegans*),<sup>9</sup> interessieren, ist bei Juristen nicht ohne Weiteres erkennbar, was eigentlich das Objekt unserer Forschung ist. Sind es beim Rechtshistoriker etwa Kodifikationen wie der *Corpus Iuris Civilis* oder in Papyri gefasste Verträge<sup>10</sup>? Untersuchen Strafrechtlerinnen die Strafprozessordnung? Auch wenn man auf den ersten Blick versucht ist, in den Kodifikationen oder Vertragswerken den Forschungsgegenstand zu erblicken, so zeigt sich bei näherer Betrachtung rasch, dass weder den Rechtshistoriker noch die Strafrechtlerin die physische Beschaffenheit dieser Werke interessiert, sondern deren Inhalt. Gegenstand ihrer Forschung ist somit der Text und nicht die Textur. Auf den Punkt gebracht geht es in juristischer Forschung um «Text und Normativität»<sup>11</sup>. Wenn einmal klar ist, womit sich die Rechtswissenschaft im Allgemeinen befasst, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, welches die konkreten Themen, Fragestellungen und Methoden der Jurisprudenz sind.

Das *Thema* umschreibt, worauf sich eine wissenschaftliche Abhandlung inhaltlich fokussiert. Was ist Gegenstand der normativen Auseinandersetzung? Qualifikationsschriften wie Masterarbeiten, Dissertationen oder Habilitationen befassen sich thematisch etwa mit der normativen Erfassung von *Phänomenen* des alltäglichen Lebens (Stalking<sup>12</sup>, Zwangsheirat<sup>13</sup> oder Stellvertreterentscheide in der Medizin<sup>14</sup>), der Geschäftswelt (Mobbing am Arbeitsplatz<sup>15</sup>) oder der juristischen *Praxis* selbst (Joint Investigation Teams<sup>16</sup>, Absprachen

---

<sup>9</sup> A. P. PAGE/K. MACNIVEN/M. O. HENGARTNER, Cloning and biochemical characterization of the cyclophilin homologs from the free-living nematode *Caenorhabditis elegans*, *Biochemical Journal* 1996, S. 179.

<sup>10</sup> JOSÉ LUIS ALONSO, Fault, Strict Liability, and Risk in the Law of the Papyri, in: Jakub Urbanik (Hrsg.), *Culpa*, Warschau 2012, S. 19.

<sup>11</sup> Vgl. dazu auch das Projekt «TeNOR – Text und Normativität» einer interdisziplinäre Forschergruppe der Universität Luzern, <https://www.unilu.ch/forschung/aktivitaeten/forschungsschwerpunkte/text-und-normativitaet-2008-2013/> (18. Dezember 2019).

<sup>12</sup> ORLANDO VANOLI, *Stalking*, Zürich 2009.

<sup>13</sup> YVONNE MEIER, *Zwangsheirat*, Bern 2010.

<sup>14</sup> MARC THOMMEN, *Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter*, Basel 2004.

<sup>15</sup> MICHÈLE SCHNIDER, *Schutz des Arbeitnehmers vor psychischem Druck*, Bern 2017.

<sup>16</sup> NADINE ZURKINDEN, *Joint Investigation Teams*, Zürich 2013.

im Strafverfahren<sup>17</sup>, unbegleitete Minderjährige im Asylverfahren<sup>18</sup>, zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen<sup>19</sup>). Thema einer Dissertation können aber auch *Prinzipien* (Waffengleichheit<sup>20</sup>, Ad-hoc-Publizität<sup>21</sup>) oder sogar bloss *Gesetzesnormen* (Art. 271 StGB<sup>22</sup>) sein. Auch in seiner Habilitationsschrift hat sich der Co-Autor thematisch mit einer juristischen Praxis auseinandergesetzt. Unter dem Titel «Kurzer Prozess – fairer Prozess?» hat er die besonderen Verfahren untersucht, welche die verschiedenen Schweizer Strafprozessordnungen (StPO<sup>23</sup>, JStPO<sup>24</sup>, MStP<sup>25</sup> und VStrR<sup>26</sup>) bereitstellen, um Massendelinquenz zu bewältigen.

Die *Fragestellung* bezeichnet das innerhalb des Themas konkret zu behandelnde Problem. So kann sich eine Arbeit zum Thema Folter etwa mit der Frage befassen, ob sich Rettungsfolter legitimieren lässt<sup>27</sup> oder wie sich die Folter in der Schweiz geschichtlich entwickelt hat.<sup>28</sup> Zu diesen Fragestellungen werden sodann *Hypothesen* aufgestellt. Eine solche Ausgangsvermutung könnte etwa sein, dass sich Folter in sog. Ticking-bomb-Situationen rechtfertigen lasse, soweit damit Menschenleben gerettet werden können.<sup>29</sup> In seiner Habilitationsschrift hat der Co-Autor zwei Fragen gestellt: 1. Welche kurzen Prozesse gibt es? Und 2. Gibt es einen fairen kurzen Prozess? Während sich die erste Frage mit einer deskriptiven Darstellung der existierenden Kurzverfahren (Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren der StPO, JStPO, MStP und VStrR) abhandeln liess, war seine Ausgangshypothese zur zweiten Frage, dass es einen fairen kurzen Prozess nicht gebe.<sup>30</sup>

---

<sup>17</sup> EMANUEL JAGGI, Die prototypische Absprache Legitimität im Lichte des Strafzumessungsrechts, Bern 2006.

<sup>18</sup> MATTHIEU CORBAZ, Les mineurs non accompagnés en droit d'asile, Bern 2019.

<sup>19</sup> SILVIO HÄNSENBERGER, Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften, Berlin/Bern 2019.

<sup>20</sup> LORENZ GARLAND, Waffengleichheit im Vorverfahren, Berlin/Bern 2019.

<sup>21</sup> ANNA PETER, Die kursrelevante Tatsache, Zürich/St. Gallen 2015.

<sup>22</sup> YOLANDA MC GOUGH, Verbotene Handlungen für einen fremden Staat, Zürich 2018.

<sup>23</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

<sup>24</sup> Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (JStPO; SR 312.1).

<sup>25</sup> Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1).

<sup>26</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR; SR 313.0).

<sup>27</sup> UMBERTO PAJAROLA, Gewalt im Verhör zur Rettung von Menschen, Zürich 2007.

<sup>28</sup> LUKAS GSCHWEND/MARC WINIGER, Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Zürich 2008.

<sup>29</sup> So etwa die im Ergebnis dann auch zur These geronnenen Positionen von WINFRIED BRUGGER, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, Der Staat 1996, S. 67; aber auch PAJAROLA (Fn. 27), passim, sowie DERS., Der gefolterte Mörder – Urteil des EGMR i.S. Gäfgen gegen Deutschland, Jusletter vom 3. November 2008, Rz. 85.

<sup>30</sup> THOMMEN (Fn. 7), S. 4.

Sind Forschungsfragen und Hypothesen einmal formuliert, rückt die *Methode* ins Zentrum. Bei der Methode geht es buchstäblich um den zum Ziel (*μετά, metá*) hin zu beschreitenden Weg (*ὁδός, hodós*). Die klassische Methode der Juristen ist die Dogmatik. Rechtsdogmatik kann als der Versuch bezeichnet werden, aus Rechtstexten (Verfassung, Gesetzen, Präjudizien) verallgemeinerbare Regeln und Prinzipien, Dogmen eben, abzuleiten, welche zur Lösung eines Problems herangezogen werden können.<sup>31</sup> Die dogmatische Begründung folgt dabei den Regeln der Logik.<sup>32</sup> Rechtstexte werden nach einem vierstimmigen Methodenkanon ausgelegt, der auf den Wortlaut der Norm (grammatikalische Auslegung), ihre Stellung im Gesetz (systematische Auslegung), ihren Entstehungskontext (historische Auslegung) und den mit ihr verfolgten Zweck (teleologische Auslegung) blickt.<sup>33</sup> Seit geraumer Zeit wird darüber hinaus noch eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung propagiert.<sup>34</sup> Eine Priorisierung einzelner Methoden soll es gemäss Bundesgericht nicht geben.<sup>35</sup> Auf diese Weise lässt sich etwa die Streitfrage entscheiden, ob die Pflicht, Sicherheitsgurte «während der Fahrt» zu tragen (Art. 3a VRV<sup>36</sup>) auch für einen Taxifahrer gilt, der an einer roten Ampel steht.<sup>37</sup>

Der zweite Teil der Habilitationsschrift behandelt die Frage, ob es faire kurze Prozesse geben kann. Dies wird in der strafprozessualen Doktrin für das Strafbefehlsverfahren etwa mit der Begründung verneint, dass Strafbefehle systematisch auf unzureichender Faktengrundlage basieren.<sup>38</sup> Trifft dies zu, wird damit gegen den Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 Abs. 1 StPO) verstossen, der eine umfassende Ermittlung der materiellen Wahrheit gebietet,<sup>39</sup> mittelbar aber auch gegen die Unschuldsumutung (Art. 32 Abs. 1 BV), weil niemand aufgrund eines nicht erhärteten Verdachts verurteilt werden darf.<sup>40</sup> Mit Grundprinzipien des

---

<sup>31</sup> Vgl. auch die Definition von BERND RÜTHERS, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts, Rechtspolitisches Forum 15, Trier 2003, S. 10, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/32172> (18. Dezember 2019).

<sup>32</sup> Zur Unterscheidung zwischen Auslegungsgesichtspunkten (*Topoi*) und Argumenten zu deren Begründung s. TONIO WALTER, Das Koordinatensystem der Methodik, *sui generis* 2019, S. 138, N 20 f.; zu einzelnen Argumentationsformen wie Analogieschluss und *argumentum e contrario*, Erst-recht-Argument und *argumentum ad absurdum* vgl. PUPPE (Fn. 4), S. 169 ff.

<sup>33</sup> WALTER (Fn. 32), N 7 f. und 20; im Strafrecht wäre es dagegen angezeigt, nur Normen auszulegen, deren Wortlaut sich als nicht eindeutig erweist.

<sup>34</sup> BGE 140 IV 1 E. 3.2.3; vgl. auch PUPPE (Fn. 4), S. 135 ff. sowie WALTER, (Fn. 32) N 20.

<sup>35</sup> Zu diesem «pragmatischen Methodenpluralismus» vgl. BGE 142 III 557 E. 8.3; überzeugend fordert PUPPE (Fn. 4), S. 163 f. einen Vorrang der semantischen Auslegung.

<sup>36</sup> Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11).

<sup>37</sup> Illustrativ dazu BGE 137 IV 290.

<sup>38</sup> Vgl. THOMMEN (Fn. 7), S. 259.

<sup>39</sup> WOLFGANG WOHLERS, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 6 N 1.

<sup>40</sup> SGK BV-VEST, in: Bernhard Ehrenzeller et al (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 32 N 1.

Strafverfahrens und übergeordneten Verfassungsnormen lässt sich somit *dogmatisch* begründen, dass kurze Prozesse in der Form des Strafbefehlsverfahrens nicht fair sind. Der Co-Autor vertritt in seiner Habilitationsschrift die These, dass der kurze Prozess nur, aber immerhin dann fair sein kann, wenn man die von Strafverfahren zu leistenden (materiellen) Wahrheitsansprüche herabsetzt.<sup>41</sup>

Im einen wie im anderen Fall bleibt das Problem, dass die ganze Argumentation auf der blossen Behauptung basiert, dass in Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren mit der Sachverhaltsermittlung kurzer Prozess gemacht werde. Zwar legt ein Blick in das Gesetz nahe, dass der Sachverhalt *vor* Strafbefehlserlass nicht endgültig geklärt wird, zumal die «weiteren Beweise» gemäss Art. 355 Abs. 1 StPO erst abzunehmen sind, nachdem Einsprache erhoben wurde. Auch die Grundkonzeption der besonderen Verfahren impliziert eine bloss eingeschränkte Sachverhaltsklärung. Die mit den Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren angestrebte Effizienzsteigerung lässt sich nur erreichen, wenn Abstriche an der Sachverhaltsermittlung gemacht werden: «*Dieses abgekürzte Verfahren – das muss man wissen – heisst deshalb so, weil nicht alle Ansprüche bis ins letzte Detail gerichtlich geklärt werden*»<sup>42</sup>.

Eine wissenschaftliche Untersuchung, die den Anspruch erhebt, bei der Verifizierung ihrer Hypothesen alle verfügbaren Mittel und Wege auszuschöpfen, kann sich mit diesem bloss dogmatischen Befund nicht zufriedengeben. Vielmehr muss versucht werden, juristische Vermutungen und Hypothesen auch einer empirischen oder experimentellen Untersuchung zu unterziehen.

### III. Empirische Rechtsforschung

Auf die dogmatische Kritik am Strafbefehlsverfahren antworten Praktikerinnen, diese Form des kurzen Prozesses habe sich bewährt. Das sähe man gerade daran, dass nur wenige Beschuldigte Einsprache erheben.<sup>43</sup> Strafbefehle seien auch der einzige Weg, um die steigende Fallbelastung mit den verfügbaren Ressourcen zu bewältigen. Der dogmatischen Kritik wird also mit rechtstatsächlichen Argumenten begegnet. Und diese sind empirisch belegt,

---

<sup>41</sup> THOMMEN (Fn. 7), S. 295 ff.

<sup>42</sup> So in entwaffnender Offenheit Bundesrat CHRISTOPH BLOCHER, Sitzung vom 20. September 2007, AB 2007 SR, S. 728.

<sup>43</sup> THOMAS HANSJAKOB, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forumpoenale* 2014, S. 160, S. 162, MARCEL BRUN, Staatsanwaltschaft und Fehltriteilsrisiken im Vorverfahren, Basel 2015, S. 183.

so z.B. die Einsprachequote<sup>44</sup>. Diese liegt in der Tat relativ tief, das bestätigen auch die Resultate aus dem Strafbefehlsprojekt: In St. Gallen bspw. bei ca. 9 Prozent, in Bern bei ca. 11,4 Prozent (nur Verbrechen und Vergehen).<sup>45</sup> In Genf soll sie dagegen *insgesamt* (inkl. Übertretungen) bei ca. 15 Prozent liegen.<sup>46</sup>

Die Frage, *wieso* sich nicht mehr Beschuldigte gegen Strafbefehle wehren, wird dann aber unterschiedlich beantwortet. Man kann darin den Beweis sehen, dass viele Beschuldigte mit dem Strafbefehl einverstanden seien und die «Urteilstvorschläge» akzeptierten.<sup>47</sup> Andererseits kann bezweifelt werden, dass tatsächlich immer informiert auf eine Einsprache verzichtet wird. So leben in der Schweiz hunderttausende Menschen, die das Lesen und Schreiben nicht richtig beherrschen.<sup>48</sup> Ausserdem richtet sich gemäss unseren Erhebungen mehr als die Hälfte aller Strafbefehle an ausländische Staatsangehörige, von denen zumindest ein Teil den Strafbefehl nicht oder nur unzureichend verstehen dürfte.<sup>49</sup> Diese Problematik kann angesichts der vier Schweizer Amtssprachen auch Inländer betreffen. Strafbefehle sind ausserdem in juristischem Fachjargon abgefasst, womit ihre Bedeutung und die Folgen bei (Nicht-)Erhebung einer Einsprache für Laien relativ schwierig zu verstehen sind.<sup>50</sup>

Ebenfalls zu beachten ist, dass die der Einsprache folgenden Gerichtsverfahren für beschuldigte Personen aus verschiedenen Gründen unattraktiv sein können: Solche Verfahren sind nicht nur öffentlich und oft mit hohen Kosten verbunden,<sup>51</sup> Beschuldigte gehen ausserdem das Risiko ein, eine härtere Strafe zu erhalten, als sie der Strafbefehl vorgesehen hätte, weil das Verbot der *reformatio in peius* nicht gilt.<sup>52</sup> Dem Beschuldigten steht es allerdings offen,

---

<sup>44</sup> S. etwa HANSJAKOB (Fn. 43), S. 162; HANS DUBS, Strafbefehl: Möglichkeiten und Grenzen eines vereinfachten Strafverfahrens, in: Jörg Rehberg et al. (Hrsg.), Strafrecht und Öffentlichkeit, Zürich 1996, S. 139, Fn. 4.

<sup>45</sup> DAVID STUDER, Die Beschuldigten-Einsprache im Strafbefehlsverfahren, in: Gian Ege/Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli (Hrsg.), Festgabe für Christian Schwarzenegger zu seinem 60. Geburtstag, ContraLegem 2019, S. 164, S. 168.

<sup>46</sup> STÉPHANE GRODECKI, L'ordonnance pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, *forum* 2016, S. 218, S. 218 m.w.H.

<sup>47</sup> S. etwa «Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt», Interview mit ROLF GRÄDEL und MARC THOMMEN, *plädoyer* 2016, S. 8, S. 11.

<sup>48</sup> GWLADYS GILLIÉRON/MARTIN KILLIAS, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht!, in: Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz (Hrsg.), FS für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 379, S. 391.

<sup>49</sup> S. dazu auch PETER ALBRECHT, Verdrängte Risiken für fremdsprachige Beschuldigte im Strafprozess – eine Problemskizze, in: Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), FS für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 311–326, S. 323 f.

<sup>50</sup> GILLIÉRON/KILLIAS (Fn. 50), S. 391; MARION LAGLER, Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität?, Zürich 2016, S. 74.

<sup>51</sup> HANSJAKOB (Fn. 43), S. 162.

<sup>52</sup> FRANZ RIKLIN, Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, ZBJV 2016, S. 475, S. 488 f.

die Einsprache bis zum Abschluss der Parteivorträge zurückzuziehen (Art. 365 Abs. 3 StPO). Dies kommt in Betracht, wenn eine härtere Sanktion zur Diskussion steht<sup>53</sup> oder aber eine Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB), die nur im ordentlichen Verfahren ausgesprochen werden kann.<sup>54</sup> Dass es häufig zu höheren Strafen kommt, ist aufgrund der gesetzlichen Regelung deshalb kaum zu erwarten.

Die tatsächlichen Gründe, wieso Beschuldigte keine Einsprache erheben, lassen sich ohne Befragung im Einzelfall nicht mit Sicherheit eruieren. Die Resultate aus dem Strafbefehlsprojekt indizieren immerhin, dass mangelnde Sprachkenntnisse ein Grund sein könnten: Schweizer erheben signifikant häufiger Einsprache als Ausländer.<sup>55</sup> Andere Aspekte, die dazu führen können, dass Strafbefehlsadressatinnen keine Einsprache erheben, lassen sich besser untersuchen: So kann bspw. ausgewertet werden, ob es sich für Beschuldigte i.d.R. lohnt, ihren Fall vor Gericht zu ziehen, oder ob die Angst vor höheren Kosten und Strafen gerechtfertigt ist. Im Rahmen des SNF-Projekts haben wir in diesem Zusammenhang Folgendes untersucht: Fallen die Strafen in Gerichtsverfahren höher aus, wenn Strafbefehle an erstinstanzliche Gerichte überwiesen werden? Im Folgenden beschreiben wir den Versuch, diese Frage anhand der von uns erhobenen Daten zu beantworten, und zeigen somit an einem Beispiel, was empirische Forschung zur Rechtswissenschaft beitragen kann – und wo die Tücken und Grenzen liegen, wenn man sich darauf stützen will.

## A. Untersuchungsgegenstand

Voraussetzung für empirische Forschung ist der Zugang zu einer genügend grossen Menge an zuverlässigen Daten. Was für die Dogmatik die Literaturrecherche ist, ist für die Empirie die Datenbeschaffung. Dabei können verschiedene Schwierigkeiten auftreten: Im Strafbefehlsprojekt benötigten wir für die Stichprobenziehung für jeden zu untersuchenden Kanton (Bern, Neuenburg, St. Gallen und Zürich) eine Auflistung aller im uns interessierenden Zeitraum erlassenen Strafbefehle. Für die Datenerhebung brauchten wir schliesslich Zugang zu den Archiven der Staatsanwaltschaften und Gerichte, es musste ein Dateneingabe-Tool programmiert werden und Codiererinnen eingeschult und deren Objektivität und Einheitlichkeit in der Datenerhebung sichergestellt werden. Jeder dieser Aspekte kann ein empirisches Projekt zum Scheitern bringen. Sie verlangen gleichzeitig Kompetenzen und Fachkenntnisse, die im juristischen Studium nicht oder nur im Ansatz vermittelt werden.

---

<sup>53</sup> ANDREAS DONATSCH, Die Anklage im besonderen Verfahren – Strafbefehlsverfahren, abgekürztes Verfahren, Verfahren gegen Schuldunfähige, *forum* 2017, S. 163, S. 165 f.

<sup>54</sup> Bot. zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2013 5975, 6009.

<sup>55</sup> S. die Tabelle bei STUDER (Fn. 45), S. 178, wonach 59 Prozent der Einsprechenden Schweizer sind. Unter jenen, die keine Einsprache erheben, sind es nur 47 Prozent.

## 1. Überweisungen vs. Anklagen

Untersucht werden sollte u.a. die Frage, ob vor Gericht häufig höhere Strafen ausgefällt werden als in einem vorgängigen Strafbefehlsverfahren. Es brauchte also Fälle, die sowohl mittels Strafbefehl als auch von einem Gericht beurteilt wurden. Wenn gegen einen Strafbefehl Einsprache erhoben wird, sind zwei Wege denkbar, die zu einer gerichtlichen Beurteilung führen. Die Staatsanwältin kann den Strafbefehl entweder direkt ans Gericht überweisen (Art. 355 Abs. 3 lit. a StPO), womit dieser zur Anklageschrift wird (Art. 356 Abs. 1 StPO), sie kann aber auch einfach ordentlich Anklage erheben, ohne inhaltlich an den Strafbefehl gebunden zu sein (Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO). Für die Frage nach höheren Strafen vor Gericht wurden lediglich Überweisungen untersucht und keine ordentlichen Anklageerhebungen. Der Untersuchungsgegenstand wurde ausserdem eingeschränkt auf Strafbefehle, die im Kanton St. Gallen zwischen 2012 und 2016<sup>56</sup> erlassen wurden und mindestens ein Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstand hatten (keine blossen Übertretungsfälle). Die Verfahren mussten zum Untersuchungszeitpunkt Ende 2018 abgeschlossen sein. Die unveränderte Überweisung als Anklageschrift stellt statistisch gesehen nicht den Normalfall dar: Im Kanton St. Gallen werden nur ca. 15 Prozent der Strafbefehle, gegen die Einsprache erhoben wurde, direkt ans Gericht überwiesen.<sup>57</sup> Im Untersuchungszeitraum waren dies gut 1200 Fälle. Warum wurden also nicht auch ordentliche Anklageerhebungen untersucht? Die Gründe, wieso Anklage erhoben wird, sind so unterschiedlich, dass sie sich selbst durch Aktenstudium nicht immer unterscheiden lassen. Ein Beschuldigter kann bspw. sein Geständnis widerrufen oder die Staatsanwaltschaft wird auf andere Tatsachen aufmerksam, die den Sachverhalt als nicht «ausreichend geklärt» i.S.v. Art. 352 Abs. 1 StPO erscheinen lassen. Es ist auch möglich, dass weitere Straftaten begangen oder bekannt wurden oder dass andere Kantone die Verfolgung von Delikten abtreten, und deswegen eine Anklage nötig wird. Schliesslich können Beweise auftauchen, die eine höhere Strafe rechtfertigen oder die eine andere Qualifikation eines Delikts nahelegen. Die Anklageerhebungen stehen damit symbolisch für ein Problem, das in der Strafbefehlsstudie immer wieder auftauchte: Jedes Strafverfahren hat seine Eigenheiten. Die meisten lassen sich nicht in ein Schema pressen. Will die empirische Forschung an diese Verfahren anknüpfen, muss sie diese Unterschiede so detailliert wie möglich nachvollziehen und soweit wie möglich herunterbrechen, um trotz der Komplexität jedes einzelnen Verfahrens verallgemeinerungsfähige Aussagen treffen zu können.

---

<sup>56</sup> Der zeitlichen Beschränkung liegen in erster Linie praktische Überlegungen zugrunde: Die Strafbefehle aus 2017 und 2018 wurden nicht berücksichtigt, weil ein beachtlicher Teil davon – sofern Einsprache erhoben und der Strafbefehl ans Gericht überwiesen wurde – noch nicht rechtskräftig war. Um mehr Fälle untersuchen zu können, wurden im Gegensatz zum Rest der Studie auch die Jahre 2012 und 2013 berücksichtigt.

<sup>57</sup> Ähnlich die Zahl (14 Prozent) bei HANSJAKOB (Fn. 43), S. 162.

## 2. Freiheitsstrafen vs. Geldstrafen

Vorliegend werden von den ca. 1200 Fällen, die zwischen 2012 und 2016 vor St. Galler Kreisgerichten gelandet sind, nur jene gut 100 betrachtet, in denen im Strafbefehl eine Freiheitsstrafe ausgefällt worden war. Diese Einschränkung hat mehrere Gründe. Zunächst ist die Konsequenz einer freiheitsentziehenden Sanktion einfacher abzuschätzen als die einer Geldstrafe. Freiheitsstrafen mussten bis Ende 2017 bei einer Dauer von weniger als sechs Monaten unbedingt ausgesprochen werden<sup>58</sup> und haben einschneidende Folgen für das Leben des Täters.<sup>59</sup> Dagegen sind die Auswirkungen der Höhe von bedingten Geldstrafe im Geflecht mit Bussen und vor allem zusätzlichen Verfahrenskosten aus einem ökonomischen Blickwinkel schwieriger einzuschätzen. Weiter ist das Strafbefehlsverfahren für die Ausfällung von unbedingten Freiheitsstrafen praktisch sehr relevant: Im Kanton St. Gallen wurden im Beobachtungszeitraum (2012–2016) mehr als drei Viertel aller teil- und unbedingten Freiheitsentzüge mittels Strafbefehlen angeordnet.<sup>60</sup> Schliesslich konnte aufgrund der relativ geringen Fallzahl (103) mit überschaubarem Aufwand eine Vollerhebung durchgeführt werden, also alle Strafbefehle mit Freiheitstrafen, die vor Gericht kamen, untersucht werden; insofern entsteht für den Kanton St. Gallen ein komplettes Bild.

Allerdings konnten die Strafhöhen- und -arten nur in jenen Urteilen verglichen werden, in denen das Gericht eine Entscheidung in der Sache fällte. Damit reduziert sich die Zahl der Fälle um mehr als die Hälfte: Verfahren wurden vereinigt oder Anklagen zurückgewiesen, das Gericht entschied nur, dass die Einsprache ungültig oder verspätet erhoben worden war (vgl. Art. 356 Abs. 2 StPO) oder Beschuldigte zogen ihre Einsprache zurück. Übrig bleiben 50 Fälle.

---

<sup>58</sup> Art. 42 Abs. 1 StGB in der Fassung vom 12. Dezember 2017.

<sup>59</sup> BGE 137 IV 249 E. 3.1.

<sup>60</sup> 76 Prozent von 2087 Verurteilungen.

## B. Untersuchungsergebnisse

Um die Strafe im Strafbefehl derjenigen im nachfolgenden Gerichtsurteil gegenüberzustellen, wird sowohl nach der Art der Strafe, als auch nach der Straflänge unterschieden.

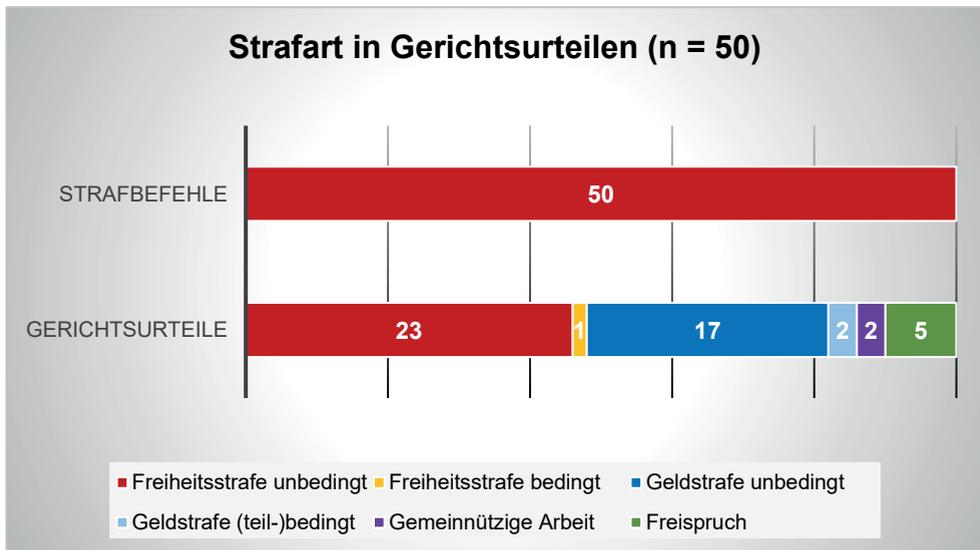


Abbildung 1: Art und Vollziehbarkeit der Strafe in den untersuchten Strafbefehlen und den entsprechen Gerichtsurteilen (Kanton St. Gallen, 2012–2016)

Die Darstellung zeigt eine Tendenz, dass Gerichte häufiger Geldstrafen aussprechen, wenn die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl Freiheitsstrafen ausgefällt hat. Die Ursachen hierfür sind schwer zu eruieren: Von den 21 Urteilen, die eine Geldstrafe beinhalten, blieben 17 unbegründet. Die übrigen vier erlauben immerhin Rückschlüsse auf zwei Gründe: In drei Entscheidungen fanden die Beschuldigten in der Zeit zwischen Strafbefehl und erst- bzw. zweitinstanzlichem Urteil (7, 11 bzw. 18 Monate) eine neue Anstellung. Damit stand dem Vollzug einer Geldstrafe nichts im Weg. Der Grund für die abweichende Würdigung lag hier im Wesentlichen im Beurteilungszeitpunkt. Der andere begründete Entscheidung stützte sich auf die Überlegung, dass eine Freiheitsstrafe unverhältnismässig und für den Beschuldigten spezialpräventiv nicht angemessen sei. Das Gericht schien den Standpunkt des Beschuldigten hier also stärker zu würdigen als die Staatsanwaltschaft.

Obwohl diese Begründungen nicht repräsentativ sind, fällt auf, dass die Richter in mehr als der Hälfte der Entscheide nicht am unbedingten Freiheitsentzug des Strafbefehls festhielten. Interessant ist auch die vergleichende Betrachtung von über 100 Strafbefehlen mit Geldstrafen, die im Kanton St. Gallen im selben Zeitraum an Gerichte überwiesen wurden: hier entschieden die Richter in keinem Fall auf eine Freiheitsstrafe. In Bezug auf die Art und Vollziehbarkeit der Strafe bringt der Gang vor Gericht Beschuldigten also keinen Nachteil.

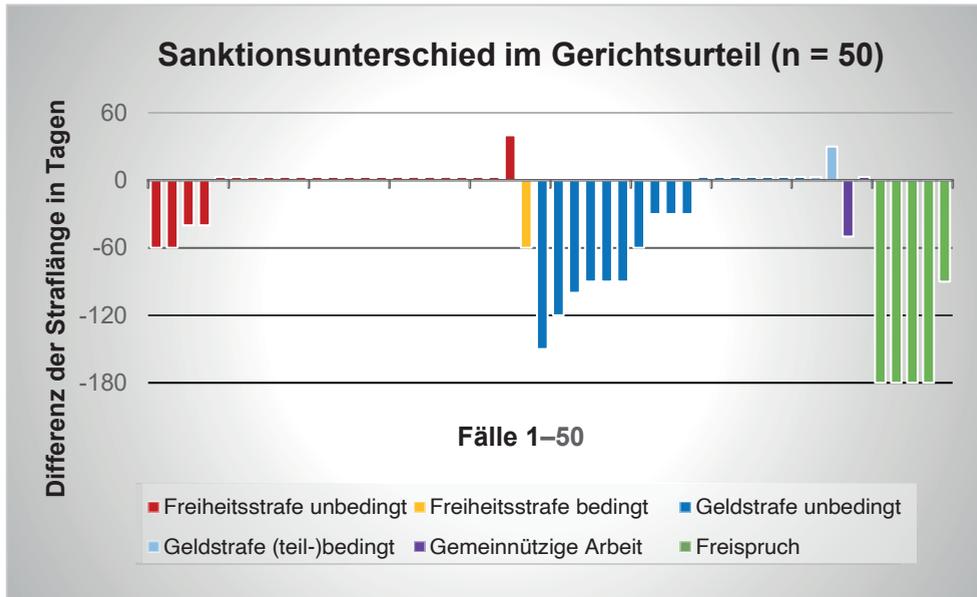


Abbildung 2: Differenz in der Länge der Strafe zwischen den 50 untersuchten Strafbefehlen und den entsprechenden Gerichtsurteilen (Kanton SG, 2012–2016)

Wie sieht es bei der Länge der Strafen aus? Abbildung 2 stellt für jeden analysierten Fall dar, wie viele Tage kürzer bzw. länger die Strafe ist, die das Gericht im Vergleich zur Staatsanwaltschaft ausgefällt hat. Es zeigt sich folgendes Bild:

- In 5 Fällen wurde der/die Beschuldigte freigesprochen;
- in 19 Fällen wurde eine kürzere Strafe ausgefällt (darunter fünf Teilfreisprüche);
- in 28 Fällen blieb die Straflänge unverändert (darunter ein Teilfreispruch);
- in 2 Fällen wurde eine längere Strafe ausgefällt.

Abbildung 2 ermöglicht in erster Linie Rückschlüsse auf die Strafzumessung durch das Gericht. In nur zwei Fällen wurden Beschuldigte zu längeren Strafen verurteilt: Einmal zu 180 Tagen unbedingter Freiheitsstrafe statt 140, im anderen Fall zu einer teilbedingten Geldstrafe von 150 Tagessätzen (davon 30 vollziehbar) statt 120 Tagen Freiheitsstrafe. Beide Urteile ergingen unbegründet. Über alle 50 Fälle wurden die Strafen durchschnittlich um 38 Tage ( $\pm 8,1$  Tage) kürzer. Diese Resultate sind wegen der grossen Streubreite in den Straflängen und der kleinen Fallzahl zwar ungenau. Dennoch ist statistisch signifikant, dass Gerichte in denselben Fällen kürzere Strafen ausfällten als die Staatsanwaltschaften im Strafbefehl ( $p < 0,001$ ).<sup>61</sup>

<sup>61</sup> «P» steht für *probability*. Ist p kleiner als 0,001, ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Unterschied zwischen zwei Werten (hier den Straflängen) zufällig entstanden ist, kleiner als 0,1 Prozent. In

Die Untersuchung der 50 Strafbefehle und der nachfolgenden Gerichtsurteile aus dem Kanton St. Gallen legt nahe, dass sich Beschuldigte nicht vor einer höheren Strafe fürchten müssen, wenn ihr Fall an ein Gericht überwiesen wird. Im Gegenteil: Die Beschuldigten scheinen nach den Gerichtsverfahren durchschnittlich besser dazustehen.

Dieser Schluss bedarf selbstredend einiger Vorbehalte: Zwar stellen wir fest, dass Anklagen i.S.v. Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO nur ca. 10 Prozent aller Gerichtsverfahren ausmachen – im Einzelfall besteht diese Möglichkeit (und damit verbunden eine möglicherweise höhere Strafe) dennoch. Noch zu untersuchen sein wird ferner, wie sich die Sanktionen zwischen dem Strafbefehl vor und einem zweiten Strafbefehl nach der Einspracheerhebung im selben Verfahren verhalten – auch hier wäre eine Verschärfung denkbar. Die vorliegend untersuchten Strafbefehle mit vollziehbaren Freiheitsstrafen als Sanktion machen ausserdem nur einen kleinen Teil aller Gerichtsverfahren aus. Bei der weitaus am häufigsten ausgefallten Sanktion, der bedingt vollziehbaren Geldstrafe, ist das Risiko-Assessment aufgrund der Kostenregelung für Beschuldigte deutlich komplexer. Wehrt sich eine beschuldigte Person gegen einen Strafbefehl bspw. mit der Begründung, die Strafe sei nicht schuldangemessen und ihre Vermögensverhältnisse nicht (richtig) ermittelt worden, sie sei anstatt mit 160 Tagessätzen à CHF 100 nur mit 60 Tagessätzen à CHF 50 zu bestrafen, hat sie selbst dann die gesamten Verfahrenskosten zu tragen, wenn ein Gericht sie zu 30 Tagessätzen à CHF 50 verurteilt. Das gilt sogar, wenn das Gerichtsverfahren nur nötig wurde, weil der ursprüngliche Strafbefehl fehlerhaft war.<sup>62</sup> Es ist also naheliegend, dass das Kostenrisiko Beschuldigte stark bei der Entscheidung beeinflusst, keine Einsprache zu erheben. Schliesslich hat sich in unserem Projekt gezeigt, dass sich Strafverfahren trotz eidgenössischer StPO von Kanton zu Kanton weiterhin wesentlich unterscheiden können.<sup>63</sup> Der Schluss, dass härtere Strafen vor Gericht eine Rarität sind, kann deshalb vorerst nur für den Kanton St. Gallen gelten.

## IV. Schlussbetrachtung

Was tun wir Juristen also, wenn wir forschen? Die klassische Antwort auf diese Frage ist, dass wir normative Aussagen über Texte machen. So ging der Co-Autor beim Verfassen seiner Habilitationsschrift vor, und diese Methode wählen die meisten Studentinnen, Doktoranden und Professorinnen des Rechts für ihre wissenschaftlichen Untersuchungen. Die reine Dogmatik kann aber dort kein abschliessendes Ergebnis liefern, wo ihr mit rechtstat-sächlichen Argumenten begegnet wird. Ein Staatsanwalt, der täglich Strafbefehle verschickt

---

den Sozialwissenschaften und der Kriminologie gelten Resultate standardmässig als signifikant, wenn  $p$  kleiner ist als 0,05.

<sup>62</sup> BGer, 6B\_1025/2014, 9. Februar 2015, E. 2.3.2.

<sup>63</sup> STUDER (Fn. 45), S. 185.

und nur in den seltensten Fällen eine Einsprache zurückbekommt, wird sich von einer dogmatischen Abhandlung zu Fairnessdefiziten im Strafbefehlsverfahren wenig beeindruckt zeigen, solange sie nicht mit Fakten belegt ist. Hier kommt die empirische Rechtsforschung ins Spiel, d.h. die datenbasierte Forschung zur Entstehung und Wirkung von Recht.

Um das Potenzial, aber auch die Grenzen von Dogmatik und Empirie in der Rechtswissenschaft aufzuzeigen, haben wir in diesem Beitrag den Versuch beschrieben, eine in der Habilitationsschrift des Co-Autors aufgestellte These durch empirische Untersuchung zu stützen oder zu falsifizieren. Der Ausgangsfrage, ob das Strafbefehlsverfahren trotz seiner Kürze fair sein kann, haben wir uns dabei über die Einsprachequote genähert. Da ohne Personenbefragung nicht zu eruieren ist, wie häufig auf eine Einsprache verzichtet wird, weil Strafbefehlsadressatinnen tatsächlich mit dem Strafbefehl einverstanden sind, oder ob es sonstige Gründe gibt, mussten wir andere Aspekte finden, die wir anhand der erhobenen Daten beurteilen konnten. Einer davon ist die Frage, ob die Angst vor härteren Strafen nach Einspracheerhebung gerechtfertigt ist. Schliesslich konnten wir feststellen: Zumindest für Strafbefehle, mit denen Freiheitsstrafen ausgesprochen werden und die nach Einsprache ans Gericht überwiesen werden, existiert ein solcher *trial penalty*<sup>64</sup> nicht. Vielmehr ist eine gegenteilige Tendenz zu beobachten.

Was lernen wir daraus über die empirische Rechtsforschung? Einerseits verleiht sie juristischen Aussagen Gewicht, weil sie sich auf Fakten stützt statt auf blosse Argumente, die ein anderer überzeugend finden mag oder nicht. Andererseits ist Vorsicht geboten und vor vor-eiligen Schlüssen und Verallgemeinerungen zu warnen. Am Ende der hier beschriebenen Untersuchung können wir eine Aussage über einen Teilaspekt (Freiheitsstrafen in Strafbefehlen) eines anderen Teilaspekts (Angst vor höheren Strafen) treffen, der für einen weiteren Teilaspekt (Einsprachequote) der Frage nach der Fairness von Strafbefehlsverfahren relevant ist. Und: Zwar haben wir festgestellt, dass Richter nicht strenger urteilen als Staatsanwältinnen. Über die *tatsächliche* Angst der Strafbefehlsadressaten vor höheren Strafen nach der Einsprache ist damit noch nichts gesagt.

Insgesamt lässt sich aber feststellen, dass die Methoden der empirischen Rechtsforschung nicht nur einen innovativen Weg darstellen, Forschungshypothesen zu überprüfen, sondern für die umfassende Untersuchung praktischer Rechtsfragen eigentlich unverzichtbar sind. Denn erst die faktische Erhärtung normativer Behauptungen verleiht dogmatischen Erkenntnissen den Vollglanz wissenschaftlicher Erkenntnis.

---

<sup>64</sup> S. zum Begriff bspw. CANDACE MCCOY, Plea Bargaining as Coercion: The Trial Penalty and Plea Bargaining Reform, *Criminal Law Quarterly* 2015, S. 67, S. 87 f.