

Dokument	ZStrR 136/2018 S. 1
Autor	Gunhild Godenzi
Titel	«Second opinion»?
Seiten	1-29
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Herausgeber	Ursula Cassani, Wolfgang Wohlers
ISSN	0036-7893
Verlag	Stämpfli Verlag AG

Gunhild Godenzi,* Zürich

«Second opinion»?

Die Aufgabe des Berufungsgerichts im Strafprozess

I. Einführung

«Second opinion» – der Begriff fällt häufig, wenn es um unser «höchstes Gut», die eigene Gesundheit, geht; wenn nach einer Besprechung mit dem behandelnden Arzt Zweifel bleiben, ob die Diagnose stimmt, der Therapieansatz passend ist. In einer solchen Situation entschliessen sich Patienten mitunter, eine Zweitmeinung, eine «second opinion» bei einem anderen Arzt einzuholen. Wer allerdings Wert auf eine völlig unabhängige Zweitmeinung legt, sollte den zweiten Arzt am besten gar nicht im Voraus über den Befund des ersten Arztes informieren – so lauten teils die Empfehlungen.¹ Denn der andere Arzt soll möglichst unvoreingenommen das medizinische Dossier des Patienten studieren, nötigenfalls noch eigene Untersuchungen vornehmen und sodann einen unabhängigen eigenen Befund erstellen.² Natürlich verzögert sich dadurch zwangsläufig die Durchführung einer empfohlenen Therapie, und das Prozedere kostet auch einige Rappen. Aber der

ZStrR 136/2018 S. 1, 2

Gang zum Zweitarzt wird in gewissen Fällen selbst von den Krankenversicherern empfohlen,³ denn der Nutzen des Unterfangens liegt auf der Hand: Es sollen ärztliche Fehleinschätzungen und unnötige Eingriffe vermieden werden, getreu dem Sprichwort «vier Augen sehen allemal mehr als zwei».⁴

Ähnliche Gedanken spielen auch bei der Berufung im Strafprozess eine Rolle. Auch der Berufung geht stets eine Art «Erstbefund» voraus: Ein erstinstanzliches Gericht hat über die Anklage gegen eine beschuldigte Person «befunden» und sein Urteil gefällt: ob sie schuldig ist, ob eine strafrechtliche Sanktion verhängt wird

* In der Vortragsform belassene, um Fussnoten ergänzte Antrittsvorlesung der Verfasserin an der Universität Zürich vom 20. 3. 2017.

1 <http://www.srf.ch/sendungen/puls/gesundheitswesen/die-zweite-meinung-ist-wichtig> (zuletzt besucht am 6. 9. 2017); vgl. auch G. Vashitz *et al.*, Do First Opinions Affect Second Opinions, *J Gen Intern Med* 27, 1265. Umfassend zur «second opinion» V. Nürnberg (Hrsg.), *Die ärztliche Zweitmeinung – Fehler, Vertrauen und Qualität in der Medizin*, Wiesbaden 2016.

2 Vgl. U. Pally Hofmann, Rechtliche Hinweise zur ärztlichen Zweitmeinung, *SÄZ* 2014, 905 f.; <http://www.srf.ch/sendungen/puls/gesundheitswesen/die-zweite-meinung-ist-wichtig>.

3 Pally Hofmann (Fn. 2), 906.

4 Pally Hofmann (Fn. 2), 906 f. m. w. N.; gelegentlich geht es auch einfach darum, Zweifel des Patienten an der Richtigkeit einer Diagnose auszuräumen; siehe Pally Hofmann, ebda.



oder nicht. Wer mit dem Ausgang des Prozesses in erster Instanz nicht zufrieden ist,⁵ kann Berufung einlegen. Sie hiebt das Verfahren in die zweite Instanz, zum Berufungsgericht. Auf diese Weise wird auch im Strafverfahren ein Mehraugenprinzip umgesetzt. Es sollen, wie bei der ärztlichen Zweitmeinung, Fehler vermieden, Irrtümer ausgeschlossen werden. Das Ziel der Berufung besteht – ganz allgemein gesprochen – darin, ein möglichst richtiges Urteil zu finden.⁶ In der Berufung wird der Fall daher nochmals angeschaut, von anderen, höheren Richtern. Am Ende kommt in der Regel ein neues Sachurteil heraus,⁷ das den Erstentscheid beseitigt: ein Freispruch oder Schuldspruch, mit allem was daran hängt, ein «Zweitbefund» von einiger Tragweite also. Anders als unser Zweitarzt urteilt ein Berufungsgericht allerdings stets in voller Kenntnis des «Erstbefundes». Das ist unausweichlich. Denn die Verfahren in erster und zweiter Instanz sind rechtlich in

ZStrR 136/2018 S. 1, 3

vielerlei Hinsicht miteinander verknüpft.⁸ Das Urteil der erstinstanzlichen Kollegen liegt daher der zweiten Instanz stets vor, sie muss es sichten und am Ende auch Stellung dazu nehmen: ob der Erstentscheid bestätigt oder ob er aufgehoben und abgeändert wird.⁹ Insoweit steht bei einer Berufung immer auch das Urteil der Erstinstanz auf dem Prüfstand. Das liegt in der Natur des Rechtsmittelverfahrens.¹⁰

Von diesem Phänomen war vielleicht auch der Gesetzgeber inspiriert, als er sich an die Abfassung der Vorschriften zur heutigen Berufung machte.¹¹ Von einer «Urteilsüberprüfung» ist im Gesetz die Rede,¹² obendrein sind Fehlervorwürfe aufgelistet, Mängel, an denen der Erstentscheid krankt kann.¹³ Diese Mängel kann ein Berufungsführer dem Gericht zur Prüfung vorlegen, er kann sie rügen.¹⁴ Beides zusammen – der Begriff der Urteilsüberprüfung und die Auflistung der Rügemöglichkeiten – betont eine Korrekturfunktion der Berufung und die Idee einer Sach- und Rechtskontrolle des angefochtenen Entscheids; einer Kontrolle, die von Rügen des Berufungsführers angeleitet wird. Und in eben diesem Sinne wird die Berufung mancherorts auch tatsächlich abgewickelt. Sie wird als «verdünnter Aufguss» der ersten Instanz begriffen, in der nur noch kritische Punkte des Ersturteils,

⁵ Die Legitimation der Berufung wird damit vereinfacht ausgedrückt; näher dazu [Art. 381 f. StPO](#) und *N. Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 1541 sowie N 1454 ff., dort auch zu den nötigen Differenzierungen bei der Ermittlung der Legitimation je nach Parteistellung.

⁶ Spezifisch für die Berufung wird dies – soweit ersichtlich – hierzulande nicht klargestellt; vgl. aber allgemein zu dieser Aufgabe der Rechtsmittelinstanz nach der [StPO](#) OGer TG, RBOG 2014 Nr. 19 (unter Verweis auf [Art. 391 Abs. 1 StPO](#), der auch für die Berufung gilt; siehe unten III. 2.). Mit entsprechender Kennzeichnung der Berufung im deutschen Rechtsmittelsystem *W. Frisch*, in: [SK-StPO](#), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Mit GVG und [EMRK](#), hrsg. von J. Wolter, 4. Aufl., Köln 2013, Vor §§ 296 ff. N 2, Vor § 312 N 3. Ausführlich zur Richtigkeitsgewähr als Rechtsmittelzweck *T. Schafft*, Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen, Tübingen 2005, 117 ff., insb. 127 ff. Vgl. auch allgemein *R. Hauser/E. Schweri/K. Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 94 N 7 ff., die Rechtsmitteln zwei Zwecke zuschreiben: Fehlerbehebung einerseits, andererseits präventive Wirkung bezogen auf die Justiz, welche angesichts der Möglichkeit, überprüft zu werden, sorgfältiger arbeite.

⁷ [Art. 408 StPO](#); der Kassationsentscheid ist als Ausnahme konzipiert ([Art. 409 StPO](#)).

⁸ Zum Beispiel in Anbetracht der Frage, inwieweit das Ersturteil bei einer Teilanfechtung in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. [Art. 399 Abs. 4, 402, 404 StPO](#)); durch das Verbot der *reformatio in peius*, das die Entscheidungsbefugnis des Berufungsgerichts beschränkt (vgl. unten die Nachweise in Fn. 84); durch den Rückgriff auch auf die erstinstanzlich erhobenen Beweise (vgl. [Art. 399 Abs. 3 i. V. m. Art. 389 StPO](#) und dazu III. 1.).

⁹ Vgl. zur Abfassung des Dispositivs im Sachurteil des Berufungsgerichts KG Basel-Land [460 16 134](#) vom 22. 11. 2016; KG Freiburg [501 2016 110](#) vom 8. 5. 2017; KG Graubünden [SK1 15 22](#) vom 21. 6. 2016 und unten III. 2.

¹⁰ *L. Eugster*, in: Basler Kommentar [StPO](#), [Art. 196–457 StPO](#), hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 398 N 1; *N. Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung ([StPO](#)), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 398 N 1; dasselbe gilt für die Berufung im Zivilprozess; vgl. etwa *D. Willisegger*, Grundstruktur des Zivilprozesses – Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012, 359; vgl. auch *R. Kiener/ B. Rüttsche/M. Kuhn*, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, N 1132 zum öffentlich-rechtlichen Beschwerdeverfahren.

¹¹ Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1313 f.; ebenso bereits EJPd, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, 14, 45. Weder im Stände- noch im Nationalrat wurde die Umschreibung der Berufung als «Urteilsüberprüfung» hinterfragt oder diskutiert; vgl. Amtl.Bull. StR 2006 983 ff.; Amtl.Bull. NR 2007 927, 934 ff., 988 ff., 1021 ff., 1390 ff., 1577 ff., 1732; Amtl.Bull. StR 2007 716 ff., 826 ff. – zu den parlamentarischen Beratungen <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=11282> (zuletzt besucht am 6. 9. 2017).

¹² [Art. 398 Abs. 2, 404 Abs. 1 StPO](#).

¹³ [Art. 398 Abs. 3 StPO](#).

¹⁴ [Art. 398 Abs. 3 StPO](#).

ZStrR 136/2018 S. 1, 4

die jeweiligen Beanstandungen der Parteien abgehandelt werden.¹⁵ In einer Berufungsverhandlung am Appellationsgericht Basel-Stadt etwa erklärte der Gerichtspräsident den Parteien: «Das Appellationsgericht ist nicht das Strafgericht. Das Appellationsgericht schaut nicht alle Akten, jedes Wort nochmals an, sondern schaut gewisse Punkte, die umstritten sind, nochmals an.»¹⁶ Wohlgemerkt: Angefochten war das Ersturteil in Gänze, die Verteidigung hatte vollen Freispruch verlangt. In anderen Kantonen wird die Berufung als eigentliche «Urteilsüberprüfung» gehandhabt, bei der es darum geht, die erstinstanzlichen Erwägungen auf ihre Konsistenz zu kontrollieren.¹⁷ Allerdings muss diese Kontrolle durch wohl begründete Beanstandungen des Berufungsführers auch erst aktiviert werden. Augenfällig wird dies zum Beispiel bei der Beweiswürdigung, wenn es heisst: «Die Vorinstanz ging gestützt auf die Aussagen von Z. davon aus, diesem sei [...] vom Berufungskläger 1 Gramm Heroingemisch [...] verkauft worden. Inwiefern dieser Schluss Recht verletzen könnte, bringt der Berufungskläger nicht vor und ist auch nicht ersichtlich. Insoweit ist das angefochtene Urteil zu bestätigen.»¹⁸ Oder es wird erklärt: «Der Berufungskläger beanstandet nicht im Einzelnen, dass die Vorinstanz davon ausging, er habe V. [...] Heroingemisch verkauft und als Gegenleistung [...] Methadon

ZStrR 136/2018 S. 1, 5

erhalten. Darauf ist dementsprechend nicht weiter einzugehen.»¹⁹ Zudem auferlegen sich einige Berufungsgerichte bei einer «Kontrolle» der Strafzumessung besondere Zurückhaltung. Korrekturen werden nur «im Notfall» ausgefällt,²⁰ wie es auch schon früher in einigen Kantonen üblich war.²¹ Wenn keine gravierenden Ermessensfehler im damaligen Entscheid auszumachen sind, wird die ehemals festgesetzte Strafe in das eigene, neue Sachurteil überführt. Das liest sich in den Entscheidungsgründen dann so: «Da das Kantonsgericht nicht ohne Not in das pflichtgemässe Ermessen der Vorinstanz einzugreifen pflegt und sich eine Reduktion unter den vorliegenden Umständen nicht aufdrängt, bleibt es bei der vorinstanzlich

¹⁵ Appellationsgericht Basel-Stadt [SB.2014.46](#) vom 15. 1. 2016; dezidiert gegen eine «qualifizierte Rechtsrügeverpflichtung» bei der Berufung BGer [6B 8/2016](#) vom 17. 1. 2016, E. 2. (allerdings am konkreten Fall vorbei, in dem es um eine Beschwerde ging); siehe ferner BGer [6B 497/2014](#) vom 6. 3. 2015, E. 1.3 und 1.4; BGer [6B 521/2014](#) vom 6. 3. 2015, E. 1.3.2 und 1.3.3 (in beiden Entscheiden wirft das Bundesgericht der Vorinstanz eine unzulässige Beschränkung ihrer Kognition bzw. daraus resultierende Verweigerung des rechtlichen Gehörs dadurch vor, dass eine entscheidungsrelevante Rüge als verspätet erachtet wurde); BGer [6B 1167/2015](#) vom 25. 8. 2016, E. 1.3 (unzulässige Kognitionsbeschränkung/Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Erwägung der Berufungsinstanz, der Berufungsführer hätte auch den Schuldpunkt anfechten müssen, wenn er die rechtliche Würdigung des Sachverhalts, nicht aber die für die Strafzumessung massgebenden Teile desselben anerkenne) BGer [6B 853/2016](#) vom 18. 10. 2017, E. 3 (Fall Godzilla); vgl. auch [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B 803/2015](#) vom 26. 4. 2017, in dem das Bundesgericht die Pflicht des Berufungsgerichts zur Abklärung des Anklagevorwurfs und zur Wahrheitserforschung von Amts wegen herausstreicht und entschieden dem Berufungsgericht widerspricht, das nur auf Antrag hin tätig werden wollte.

¹⁶ So Richter *J. Stephenson*, Appellationsgericht Basel-Stadt [SB.2014.46](#) vom 15. 1. 2016, in der Hauptverhandlung vom 14. 1. 2016 (wortgetreues Transkript der Verteidigung in jenem Verfahren von der Tonbandaufzeichnung der Verhandlung).

¹⁷ Strukturell gleicht diese Prüfung dem Vorgehen, das bei der ehemaligen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gesetzlich vorgegeben war; vgl. dazu *N. Schmid*, Strafprozessrecht – Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Aufl., Zürich 2004, N 1047 ff; vergleichbar ist es im heutigen Verfahrensrecht auch mit dem Urteilsüberprüfungsverfahren, das bei der Beschwerde beim Bundesgericht vorgesehen ist; vgl. dazu *S. Keller/H. Wiprächtiger*, in: *Prozessieren vor Bundesgericht*, hrsg. von T. Geiser et al., 4. Aufl. Basel 2014, 147; siehe auch unten III. 2.

¹⁸ KG GR [SK1 13 44](#) vom 23. 5. 2014, E. 7k (Berufung betreffend Verbrechen gem. Betäubungsmittelgesetz und Raufhandel).

¹⁹ KG GR [SK1 13 44](#) vom 23. 5. 2014, E. 7c (Berufung betreffend Verbrechen gem. Betäubungsmittelgesetz und Raufhandel).

²⁰ KG GR [SK1 11 38](#) vom 14. 2. 2012, E. 7; KG GR [SK1 13 27](#) vom 22. 10. 2013, E. 7b; KG GR [SK1 11 16](#) vom 26. 7. 2016, E. 5; ambivalent KG BL [460 15 267](#) vom 27. 9. 2016, E. III. 3.2, das zwar ebenfalls seine Praxis betont, nicht ohne Not in das vorinstanzliche Ermessen einzugreifen, gleichzeitig aber erkennt, dass [Art. 408 StPO](#) «auf eine Pflicht des Berufungsgerichts hindeutet, die Strafzumessung von Amtes wegen zu prüfen».

²¹ *Schmid* (Fn. 5), N 1534 mit Anm. 256; *T. Zweidler*, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 209 N 26; vgl. auch *W. Padrutt*, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, Ein Behelf für Praktiker, 2. Aufl. Chur 1996, Art. 146 N 1: selbst auferlegte «gewisse Zurückhaltung» bei der Prüfung der vorinstanzlichen Entscheidung auf Ermessensfehler.

festgelegten Anzahl von 50 Tagessätzen.»²² Ganz ähnlich verfährt auch das Berufungsgericht im Kanton Waadt – trotz mehrfacher Rüffel des Bundesgerichts.²³ Wenn die Strafzumessung der erstinstanzlichen Kollegen nicht geradezu willkürlich ist, wird deren Votum bestätigt. Zu einer neuerlichen, eigenständigen Strafzumessung durch andere Richter, in der sich die individuelle Komponente dieses richterlichen Entscheidungsaktes²⁴ niederschlagen könnte, kommt es in der Berufung dann gar nicht mehr.

Natürlich ist all das nur ein winziger Ausschnitt der gerichtlichen Praxis. Ich habe hier einige Trouvaillen herausgegriffen, auf die man bei einer Durchsicht der Rechtsprechung stösst. Diese Handhabung der Berufung ist also keineswegs ein gesamtschweizerisches Phänomen – sie ist aber mancherorts gelebtes Recht. Und damit kommen dann erhebliche Divergenzen zum *Wesen der Berufung* überhaupt ans Licht. Sie betreffen ganz grundlegende Fragen, vor denen das Schrifttum

ZStrR 136/2018 S. 1, 6

bis anhin auch weitgehend die Augen verschlossen hat:²⁵ Worum genau geht es denn nun eigentlich bei der Berufung – heute, im vereinheitlichten Strafverfahrensrecht? Worin besteht die Aufgabe des Berufungsgerichts? Soll es eigenverantwortlich einen Lebenssachverhalt neu beurteilen oder die Urteilsfindung der Erstinstanz? Kommt eine Abänderung des angefochtenen Urteils nur in Betracht, wenn der Erstinstanz ein Fehler vorzuwerfen ist? Und darf sich ein Berufungsgericht damit begnügen, die Beanstandungen einer Partei zu prüfen, ihre Kritikpunkte abzuhandeln? Diese Fragen stehen im Folgenden im Mittelpunkt, um ihre Beantwortung geht es mir. Und ich will auch gleich klarstellen, worum es mir *nicht* geht. Ich werde keine kriminalpolitische Debatte ausfechten: ob für unsere eidgenössische *StPO* nicht besser ein anderes Rechtsmittelsystem zu wählen gewesen wäre und welches denn womöglich.²⁶ Denn der Entscheid des Gesetzgebers für die Berufung ist gefallen – und das ist auch noch nicht lange her: mit dem historischen Schritt zu einem eidgenössischen Strafverfahrensrecht im Jahre 2011.²⁷ Die Berufung ist praktisch geräuschlos in das Gesetz gekommen und hat auch seither keine Protestwelle ausgelöst. Obendrein hat der Gesetzgeber sein Bekenntnis zur Berufung unlängst bekräftigt – auch Strafurteile des Bundesstrafgerichts werden bald berufungsfähig sein.²⁸ Ich wage daher die Prognose: Die Berufung wird als primäres Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urteile langfristig Bestand behalten. Es lohnt sich also, einmal genauer hinzuschauen, wie dieses Rechtsmittel de lege lata konzipiert ist, was der Gesetzgeber den Parteien an Rechtsschutz versprochen hat und mit welchem *Grundverständnis* die Berufungsgerichte ihre Urteilsfindung angehen müssten. Herausarbeiten werde ich das in drei Teilen:

ZStrR 136/2018 S. 1, 7

1. Zuerst werde ich die Vielgestaltigkeit der Berufung im heutigen Recht vorstellen, wobei ich auch kurz auf das frühere Rechtsmittelsystem in den Kantonen zurückkommen werde (II.).

²² KG GR [SK1 14 17](#) vom 11. 8. 2014, E. 9a; vgl. auch KG GR [SK1 12 3](#) vom 9. 8. 2012, E. 10, Berufung bei Vergehen, grobe *VRV*: «[Es gilt] festzuhalten, dass das Berufungsgericht nicht ohne Not in das pflichtgemässe Ermessen der Vorinstanz eingreift, und sodann erweist sich die von der Vorinstanz festgesetzte Strafe im Ergebnis als durchaus angemessen [...]»; KG GR [SK1 14 15](#) vom 26. 8. 2014, E. 9c), Berufung betreffend Betrug: «Die Vorinstanz hat die ausgesprochene Strafe und deren Höhe einlässlich begründet. Es sind diesbezüglich keine Beanstandungen vorzubringen.»

²³ Vgl. BGer [6B 126/2012](#) vom 11. 6. 2012, E. 3; BGer [6B 356/2012](#) vom 1. 10. 2012, E. 3.5; BGer [6B 245/2015](#) vom 5. 5. 2015, E. 1.

²⁴ Vgl. dazu *H. Wiprächtiger*, in: Basler Kommentar *StGB*, [Art. 1–110 StGB](#) und Jugendstrafgesetz, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 47 N 13 m. w. N.

²⁵ Verbreitet wird der Gegenstand der Berufung als Urteilsüberprüfung beschrieben; wohl in Rezeption des Gesetzestextes: *M. Hug/A. Scheidegger*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich u. a. 2014, Art. 398 N 14; *F. Riklin*, *StPO* Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 398 N 2; *Schmid* (Fn. 5), N 1532. Überlegungen zum Wesen der Berufung und eine Abgrenzung zu eigentlichen Urteilsüberprüfungsverfahren sind rar; infrage gestellt und relativiert wird die Gesetzessprache bei *Eugster* (Fn. 10), Art. 398 N 1.

²⁶ Vgl. zu den unterschiedlichen Rechtsmittelsystemen verschiedener Länder *M. Becker/J. Kinzig*, Rechtsmittel im Strafrecht – Eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln, Freiburg i. Br. 2000; *dies.*, Rechtsmittel im Strafrecht – Eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz, ZStW 112 (2000), 614; *P. D. Marshall*, A Comparative Analysis of the Right To Appeal, DJCIL 22/2011, 1.

²⁷ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, *StPO*) vom 5. Oktober 2007 (*StPO*, AS 2010 1881); Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, *StPO*) vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1389.

²⁸ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, *StBOG*) (Schaffung einer Berufungskammer am Bundesstrafgericht), Änderung vom 17. März 2017, BBl 2017 2429.



2. Im zweiten Teil wird die Konzeption der Berufung bei Verbrechen und Vergehen im Mittelpunkt stehen. Ich werde das Wesen dieser Berufung verdeutlichen und aufzeigen, wie, d. h., *in welcher Weise* ein Berufungsgericht denn zu seinem *Sachurteil* kommen soll (III.).

3. In einem dritten und letzten Schritt werden wir uns mit dem Komplex «Begründungspflicht, Rügeprinzip, Rügepflicht» befassen. Ich werde diese Punkte primär in Bezug auf das mündliche Berufungsverfahren diskutieren; davon ausgehend aber auch Schlussfolgerungen für das schriftliche Verfahren ziehen (IV.).

II. Die Berufung – ein Gestaltwandler

Es wird vielleicht nicht jedermann auf Anhieb einleuchten, weshalb es überhaupt Schwierigkeiten bereiten kann, das Wesen der Berufung im Strafprozess zu packen. Denn der Berufung haftet der Ruf an, ein simples und volkstümliches Rechtsmittel zu sein, das selbst der Laie sofort begreift.²⁹ In ihrer reinsten Form gibt sie: eine volle zweite Chance; neue Hauptverhandlung, neues Strafurteil, und das war es dann auch schon.³⁰ Dieses Bild von einer Berufung müssen wir nun allerdings etwas zurechtrücken. Denn die Berufung ist schon in einigen Kantonen mit den Jahren komplexer geworden, und sie hat sich mit der heutigen schweizerischen [StPO](#), also seit 2011, zu einem wahren Gestaltwandler gemausert. Werfen wir zunächst einen Blick zurück auf das Rechtsmittelsystem im kantonalen Recht; dann wird auch die heutige Ausgestaltung der Berufung besser verständlich.

Die Rechtsmittel in den kantonalen Prozessordnungen waren schweizweit enorm vielfältig, gleichsam ein Feld aus Kraut und Rüben. Auch die Berufung war, soweit es sie überhaupt gab, mit enormen Unterschieden umgesetzt. Es wäre sinnlos, sie hier alle aufzulisten. Für das Verständnis der heutigen Konzeption ist es wichtiger, zwei Gegenmodelle von Rechtsmitteln gegen Strafurteile vor Augen zu haben: die Berufung und die Nichtigkeitsbeschwerde³¹ – weil die heutige Berufung auch Elemente einer solchen Nichtigkeitsbeschwerde in sich aufgenommen hat.

Auf der einen Seite also: die Berufung. Für sie war trotz aller Unterschiede im Grossen und Ganzen bezeichnend: Die Strafsache wurde nochmals öffentlich

ZStrR 136/2018 S. 1, 8

verhandelt und vom Berufungsgericht aufs Neue eigenständig entschieden.³² Die Berufung war als bürgernahes Rechtsmittel gedacht, zu dem man auch ohne Rechtsbeistand Zugang haben sollte. In manchen Kantonen konnten die Parteien das Ersturteil daher durch einen blossen Federstrich beseitigen und so mit Leichtigkeit zu einem neuen Sachentscheid kommen.³³

Der Gegenentwurf: eine blossen Nichtigkeitsbeschwerde, in vielerlei Hinsicht limitiert und anspruchsvoll zu handhaben, ein reines Rechtsrügemitel.³⁴ Die Begründungsanforderungen waren für Laien schwierig zu bewältigen. Sie war vor allem darauf ausgelegt, Fehler im vorinstanzlichen Verfahren zu beheben, mitunter auch solche im angefochtenen Urteil selbst.³⁵ Abgewickelt wurde diese Beschwerde im schriftlichen Verfahren, geleitet von Rügen einer Partei. Von sich aus forschte das Rechtsmittelgericht nicht nach

²⁹ Vgl. *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), § 99 N 28: «Die Berufung ist wohl das [...] am einfachsten zu handhabende Rechtsmittel.»

³⁰ So etwa Art. 142 ff. StPO/AI; Art. 212 ff. StPO/AR; §§ 154 ff. StPO/NW; §§ 173 ff. StPO/SO.

³¹ Vgl. dazu die gesamtschweizerische Darstellung bei *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), §§ 99, 101; ferner die Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Aus 29 mach 1 – Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, EJPD Dezember 1997, 156 f.

³² *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), §§ 95, 99 N 1; *Schmid* (Fn. 17), N 1021 f.

³³ Vgl. §§ 233 ff. StPO/LU und dazu *L. Glanzmann-Tarnutzer*, Das Rügeprinzip im Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess am Beispiel des Kantons Luzern, [AJP 2007, 839](#), 844 («Im Luzerner Appellationsverfahren ist [...] keine Begründung vorgeschrieben. Zwar erteilt der präsidierende Richter der rechtsmittelführenden Partei im Rahmen der mündlichen Parteivorträge jeweils das Wort «zur Begründung der Appellation». Dabei handelt es sich jedoch eher um die Aufforderung, die Appellation zu präzisieren.»); *M. Kaeslin*, Appellation im luzernischen Strafprozess, Diss. Zürich 1993, 78; für den Kanton Thurgau § 202 StPO/TG und klarstellend dazu *Zweidler* (Fn. 21), § 202 N 14 (Berufungserklärung braucht keine Begründung zu enthalten).

³⁴ So insb. in den Kantonen Tessin (Art. 287 ff. StPO/TI) und Neuenburg (Art. 241 ff. StPO/NE), in denen die Nichtigkeitsbeschwerde das primäre Rechtsmittel zur Überprüfung eines Urteils auf Verfahrensfehler sowie die richtige Anwendung des materiellen Straf- und Zivilrechts war; siehe dazu *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), § 101 N 2, 9.

³⁵ Vgl. z. B. Art. 157 StPO/GL; Art. 151 StPO/OW; § 430 StPO/ZH.

³⁶ *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), § 101 N 63. Vgl. etwa für die Nichtigkeitsbeschwerde im Kanton Zürich die §§ 428 ff. StPO/ZH; siehe dazu und zur Rügepflicht bei diesem Rechtsmittel die Nachweise unten in Fn. 53.



Verfahrens- oder Urteilsverstössen.³⁶ Es war ein beschwerlicher Weg zu einem neuen Strafurteil, wenn es überhaupt dazu kam.

Manche Kantone haben allerdings auch einen Mittelweg zwischen diesen Extremen gesucht. Der Berufung wurden Elemente der Nichtigkeitsbeschwerde eingepflanzt, um den Rechtsschutz bei Massendelikten zu bewältigen. In einigen Kantonen, z. B. in Bern und Zürich, gab es bei blossen Übertretungen nur eine beschränkte Berufung: In dem Fall war an dem Sachverhalt, den die Erstinstanz festgestellt hatte, kaum mehr zu rütteln.³⁷ Nur bei der Rechtsanwendung war das Berufungsgericht frei. Vielerorts waren zudem vereinfachte und auch rein schriftliche

ZStrR 136/2018 S. 1, 9

Berufungsverfahren geläufig.³⁸ Und mitunter war auch das Berufungsgericht eine Kassationsinstanz, die das Erstgericht zwingen konnte, das Verfahren im eigenen Hause nochmals neu aufzurollen, etwa bei schwerwiegenden Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens oder ungenügender Abklärung des Sachverhalts.³⁹

In der eidgenössischen [StPO](#) hat dann die Berufung als Rechtsmittel das Rennen gemacht, die Nichtigkeitsbeschwerde ist formal gesehen verschwunden. Innerhalb der Berufung aber lebt sie in mancherlei Weise fort. Denn die heutige Berufung entspricht in den Grundzügen dem Mittelweg, den es im kantonalen Recht gegeben hat. Bildlich gesprochen: Ein grosser Schuss Berufung und ein kleiner Schuss Nichtigkeitsbeschwerde, dazu noch allerlei frisches Beigemüse, und da ist sie, die Berufung im jetzigen Recht. Denn wir haben nun:

- eine Berufung bei Verbrechen oder Vergehen;
- eine beschränkte Berufung in Übertretungsfällen;⁴⁰
- eine Berufung im Zivilpunkt;⁴¹
- eine Berufung im abgekürzten Verfahren;⁴²
- eine teilweise oder vollständige Anfechtung des Urteils;⁴³
- in der Regel ein mündliches Verfahren, ausnahmsweise ein schriftliches;⁴⁴
- in aller Regel ein neues Sachurteil, ausnahmsweise aber auch eine Kassation.⁴⁵

Ich werde all diese Differenzierungen inhaltlich gar nicht weiter vertiefen. Die Aufzählung soll nur eine grobe Vorstellung davon vermitteln, wie dick das Paket ist, das der Gesetzgeber bei der Berufung geschnürt hat. Und mit diesem komplexen Innenleben des Rechtsmittels ist sicherlich auch die Aufgabe diffus geworden, die einem Berufungsgericht zugedacht ist. Sie lässt sich nicht präzise und zugleich einheitlich für alle Erscheinungsformen der heutigen Berufung beschreiben, das will ich ohne Umschweife zugeben. Aber das ist auch gar nicht mein Anliegen. Ich werde mich auf eine Variante der Berufung konzentrieren: die Berufung, wenn Verbrechen

ZStrR 136/2018 S. 1, 10

³⁷ Vgl. § 334 Abs. 3 StrV/BE und dazu *J. Aeschlimann*, Die Modernisierung des Gerichtswesens in Strafsachen im Kanton Bern, [ZStrR 1997, 312](#), 339 (das neue bernische Strafverfahren trat am 1. 1. 1997 in Kraft); ferner Art. 212 Abs. 2 StPO/FR sowie der 2003 in Kraft getretene § 412 Abs. 2 StPO/ZH; dazu (und zur bernischen Regelung) *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), § 101 N 16 ff., demzufolge es sich bei diesen Rechtsmitteln allerdings der Sache nach um Nichtigkeitsbeschwerden handelt.

³⁸ Siehe z. B. Art. 352 f. StrV/BE; Art. 144 Abs. 1 StPO/GR e contrario; Art. 145a Abs. 2 StPO/OW; Art. 315 Abs. 2 StPO/SH; für weitere Hinweise ferner EJPD, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, 268 mit Anm. 65.

³⁹ Vgl. z. B. § 424 StPO/ZH seit der Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung vom Januar 2003: «Das Berufungsgericht hebt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zur Neuurteilung zurück, wenn es feststellt, dass grundlegende Verfahrensregeln zum Nachteil des Berufungsklägers verletzt wurden [...]»; Art. 146 Abs. 2 StPO/GR: Wenn Sachverhalt nicht genügend ermittelt.

⁴⁰ [Art. 398 Abs. 4 StPO](#).

⁴¹ [Art. 398 Abs. 5 StPO](#).

⁴² [Art. 362 Abs. 5 StPO](#).

⁴³ Vgl. zur Teilanfechtung [Art. 399 Abs. 4, 402, 404 StPO](#).

⁴⁴ [Art. 405 f. StPO](#); dazu unten IV. 3.

⁴⁵ [Art. 408 f. StPO](#).



oder Vergehen angeklagt sind.⁴⁶ Diese Berufung ist das Herzstück des Gesetzes und auch praktisch gesehen weitaus am wichtigsten.⁴⁷ Und ich werde meine Ausführungen auch primär am gesetzlichen Regelfall orientieren: der Abwicklung dieser Berufung im mündlichen Verfahren ([Art. 405 StPO](#)). Das schriftliche Verfahren ([Art. 406 StPO](#)) hält viele zusätzliche Fragen und Problemstellungen bereit, die eine eigenständige Untersuchung verdienen. Ich werde einzelne davon streifen, mehr aber auch nicht; diese Abhandlung wäre sonst hoffnungslos überfrachtet.⁴⁸

III. Das Wesen der Berufung bei Verbrechen oder Vergehen

Kommen wir also zum Wesen der Berufung bei Verbrechen oder Vergehen und fragen, worum es bei ihr eigentlich geht. Weit verbreitet ist die Redeweise von einer «Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils».⁴⁹ Und dafür gibt es auch einen naheliegenden Grund: Das Gesetz spricht nun einmal davon.

Die Regelung zur Prüfungszuständigkeit des Berufungsgerichts bestimmt: Das Berufungsgericht kann «*das Urteil* in allen angefochtenen Punkten *umfassend überprüfen*» ([Art. 398 Abs. 2 StPO](#); vgl. auch Art. 401). Zudem werden aus der Perspektive des Berufungsführers alle erdenklichen Mängel aufgezählt, die der Erstinstanz bei der Urteilsfindung unterlaufen sein können. Ob sie das Recht verletzt, den Sachverhalt nicht korrekt erstellt oder ihr Ermessen nicht richtig ausgeübt hat

ZStrR 136/2018 S. 1, 11

([Art. 398 Abs. 3 StPO](#)).⁵⁰ Auch diese Rügen sind auf eine Kritik am angefochtenen Entscheid selbst bezogen – inwieweit er fehlerhaft sei. Der Gesetzgeber wollte damit nach eigenen Angaben die Überprüfungsmöglichkeiten des Berufungsgerichts nochmals erläutern. Er wollte klarstellen, dass ein Berufungsgericht *wirklich* «alle Mängel des vorinstanzlichen Entscheides» überprüfen kann.⁵¹

Irgendwelche Gedanken dazu, wie diese Regelung mit dem System der Berufung insgesamt vereinbar sein soll, lassen sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Ich bezweifle, dass diese Dinge überhaupt näher durchdacht worden sind. Und ich bezweifle auch, dass dieses gesetzliche Strickmuster für die Berufung bei Verbrechen oder Vergehen sachgerecht ist. Denn strukturell passt sie an sich nur zu einem Rechtsmittel wie etwa der einstigen Nichtigkeitsbeschwerde;⁵² freilich mit umfassenden Rügemöglichkeiten. Bei ihr war auf schriftlicher Grundlage und ausgehend von Rügen des Rechtsmittelführers zu prüfen, ob der Erstinstanz Fehler im Verfahren oder bei der materiell-rechtlichen Beurteilung der Strafsache unterlaufen waren.⁵³ Und

⁴⁶ Massgeblich ist die Anklage in erster Instanz; vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1314; *Eugster* (Fn. 10), Art. 398 N 3; *Schmid* (Fn. 5), N 1537; S. *Schödler*, Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, Diss. Zürich 2012, 195. Bildeten ausschliesslich Übertretungen den Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so gilt [Art. 398 Abs. 4 StPO](#).

⁴⁷ Statistische Daten dazu sind beim Bund und/oder den Kantonen bisher nicht öffentlich abrufbar. Eine Anfrage bei einzelnen Kantonen ergab z. B. für *Bern*: insgesamt 219 Berufungsverfahren im Jahr 2015, davon 133 Sachurteile im mündlichen Verfahren/86 Sachurteile im schriftlichen Verfahren; 231 Berufungsverfahren im Jahr 2016, davon 116 Sachurteile im mündlichen Verfahren/115 Sachurteile im schriftlichen Verfahren; für *Graubünden*: 34 Berufungen im Jahr 2015, darunter 18 Sachurteile, davon 12 Sachurteile im mündlichen Verfahren/6 Sachurteile im schriftlichen Verfahren (einmal gestützt auf [Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO](#), dreimal gestützt auf [Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO](#) und zweimal wegen Verzicht der Parteien auf Durchführung einer Hauptverhandlung; vgl. [Art. 406 Abs. 2 StPO](#)); für das *Tessin*: 49 Berufungsverfahren im Jahr 2015, 28 Sachurteile im mündlichen Verfahren/21 [allesamt betreffend Übertretungen] im schriftlichen Verfahren; für *Zürich*: 649 Berufungen (106 betrafen Übertretungen, 543 Verbrechen/Vergehen), davon 305 Sachurteile, davon 269 Sachurteile im mündlichen Verfahren/36 Sachurteile im schriftlichen Verfahren; die Verfahren betreffend Übertretungen wurden ausnahmslos schriftlich abgewickelt.

⁴⁸ Siehe dazu unten IV. 3.

⁴⁹ *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 398 N 14; *Riklin* (Fn. 25), Art. 398 N 2; *Schmid* (Fn. 5), N 1532.

⁵⁰ Der Eindruck vertieft sich sogar noch, wenn man bedenkt, dass die Gesetzestechnik als solche in vielen Prozessgesetzen verwendet wird. Und zwar typischerweise bei Rechtsmittelverfahren, die tatsächlich auf eine eigentliche *Überprüfung* des angefochtenen Entscheids ausgelegt sind.

⁵¹ Vgl. EJPD, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, 264.

⁵² Zu einer Gegenüberstellung mit der Beschwerde beim Bundesgericht vgl. unten III. 2.

⁵³ Vgl. *Glanzmann-Tarnutzer* (Fn. 33), 839, 844, für die ehemalige Kassationsbeschwerde im Kanton Luzern («Zudem ist zu beachten, dass mit der Kassationsbeschwerde keine neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können. Der angefochtene Entscheid ist auf der Grundlage derjenigen Akten zu überprüfen, die bereits bei seiner Fällung vorlagen. Dazu kommt, dass das Obergericht an die Anträge wie auch deren Begründung gebunden ist. Damit verbleibt [...] von vornherein kein Spielraum für [tatsächliche oder rechtliche] Weiterungen. Um Härtefälle zu vermeiden, wenn die rechtsmittelführende Partei trotz Vorhandenseins eines groben Mangels des Verfahrens oder Urteils keine diesbezüglichen Anträge gestellt hat, sieht die Luzerner Strafprozessordnung die Möglichkeit einer Kassation von Amtes wegen vor.»); für die Nichtigkeitsbeschwerde im Kanton Zürich §§ 428 ff. StPO/ZH; vgl. dazu insbesondere *N. Schmid*, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, hrsg. von A. Donatsch/N.

der Ausgang dieser Prüfung hatte konsequenterweise auch prozessuale Relevanz: ohne Fehlerfeststellung keine Neuverhandlung der Sache, keine Abänderungsmöglichkeit des angefochtenen Entscheids.⁵⁴ Bei der heutigen Berufung ist den Berufungsgerichten aber neben einer «Überprüfung des Urteils» und der Behandlung von Rügen, wie es [Art. 398 StPO](#) beschreibt, zugleich eine ganz andere Aufgabe zugewiesen. Sie haben auf eine zulässige Berufung hin in der Regel

ZStrR 136/2018 S. 1, 12

ohne Weiteres eine nochmalige *Verhandlung und Entscheidung der Sache selbst* zu gewährleisten – um es mal ganz grob vorwegzunehmen.⁵⁵ Und Rügen eines Berufungsführers, die gibt es die längste Zeit des Verfahrens gar nicht. Das werden wir noch sehen, wenn wir uns mit der Berufungsbegründung genauer befassen.⁵⁶ Deswegen reibt sich der Ablauf *dieser* Berufung mit der Regelung zur Prüfungszuständigkeit, vor der man steht. Das provoziert Orientierungslosigkeit. Es schürt Unsicherheiten, wie, d. h., *in welcher Weise* das Berufungsgericht denn nun zu seinem Sachurteil kommen soll. Ob durch eine Prüfung der Erwägungen des angefochtenen Entscheids – oder indem es sich bemüht, eigenverantwortlich und selbständig ein richtiges Urteil in der Strafsache zu finden? Ich werde nun aufzeigen: Allein das Letztere – eine umfassende und unabhängige *second opinion* des Berufungsgerichts zu allen angefochtenen Punkten⁵⁷ – entspricht dem Konzept der Berufung in der heutigen [StPO](#). Schauen wir uns das einmal genauer an, ausgehend von Merkmalen der Berufungsverhandlung bis hin zur Urteilsfindung des Berufungsgerichts.

1. Konzeption der Berufungshauptverhandlung

Als gesetzlicher Regelfall ist bei einer zulässigen Berufung eine mündliche Verhandlung vorgesehen, eine Berufungshauptverhandlung, die wie in erster Instanz kontradiktorisch ausgestaltet ist (vgl. [Art. 405 Abs. 1 StPO](#)).⁵⁸ Gegenstand dieser Verhandlung ist der Anklagesatz, der schon der Erstinstanz unterbreitet wurde;⁵⁹ nicht die Urteilsbegründung des angefochtenen Entscheids und auch nicht eine Berufungsbegründung mit irgendwelchen Rügen des Berufungsführers darin.⁶⁰

Zwar knüpft das Berufungsverfahren an sämtliche Verfahrenshandlungen an, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Verfahren bereits stattgefunden haben, namentlich an diejenigen Beweise, die unterdessen zusammengekommen sind (vgl. [Art. 389 Abs. 1 StPO](#)). Aber die Hauptverhandlung ist – bei der Berufung betreffend Verbrechen oder Vergehen – gleichwohl auf eine Fortsetzung und Vertiefung der

ZStrR 136/2018 S. 1, 13

Schmid, Loseblattsammlung, Stand März 1996 Zürich, § 428 N 1 f., § 430 N 1 ff. und sodann N 32 zur Herleitung eines Rügeprinzips aus der Begründungspflicht, die bei diesem Rechtsmittel zentral war; für die Phase nach der Justizreform 2003 *ders.* (Fn. 17), 1047 ff., 1063, 1080; ferner *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), § 101 N 1 ff., 53, 69; für die Nichtigkeitsbeschwerde im Kanton Tessin Art. 287 ff. StPO/TI und im Kanton Neuenburg Art. 241 ff. StPO/NE (siehe zu beidem auch schon oben Fn. 34 m. w. H.).

⁵⁴ Vgl. *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 6), § 101 N 1 ff., 53, 69; *Schmid* (Fn. 53), § 430 N 34; für die Phase nach der Justizreform 2003 *ders.* (Fn. 17), 1047 ff., 1063, 1080.

⁵⁵ Vgl. BGer [6B 1302/2015](#) vom 28. 12. 2016, E. 3.2.1; [BGE 141 IV 246](#); BGer [6B 853/2016](#) vom 18. 10. 2017, E. 3.

⁵⁶ Vgl. unten IV. 2.

⁵⁷ Auf eine Fehlerkontrolle und Fehlerkorrektur ist die Berufung allein in den nicht angefochtenen Punkten ausgelegt; vgl. dazu unten III. 2.

⁵⁸ Vgl. BGer [6B 939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.2, dort in E. 1.3.1 u. 1.3.2 auch zur Unzulässigkeit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens in jenem Fall (betreffend u. a. mehrfache sexuelle Handlungen mit einem Kind); [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B 803/2015](#) vom 26. 4. 2017; BGer [6B 542/2015](#) vom 5. 5. 2017, E. 3.4.2.

⁵⁹ *Schmid* (Fn. 5), N 1535; vgl. auch BGer [6B 1302/2015](#) vom 28. 12. 2016, E. 3.2.1. («Sie [die Berufungsinstanz; Anm. d. Verf.] hatte sämtliche Anklagevorwürfe eigenständig zu beurteilen [...]»); BGer [6B 853/2016](#) vom 18. 10. 2017, E. 3.3; zur Problematik der Anklageänderung in 2. Instanz BGer [6B 777/2011](#) vom 10. 4. 2012, E. 2.; [BGE 141 IV 45 f.](#)

⁶⁰ Vgl. unten IV. 2.

⁶¹ In aller Deutlichkeit [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B 803/2015](#) vom 26. 4. 2017, das darin zugleich kantonalen Tendenzen einen Riegel vorschiebt, die Abklärung des Sachverhaltes nur und erst auf entsprechende Beweisanträge der Parteien hin zu vertiefen oder zu ergänzen; siehe ferner BGer [6B 939/2014](#) vom 11.6. 2015, E. 1.2.

Wahrheitssuche ausgelegt.⁶¹ Das zeigt sich unter anderem daran, dass der Gesetzgeber Beweisergänzungen mit eingeplant hat, die ein Berufungsgericht von Amts wegen gewährleisten muss.⁶² Insbesondere sind von Amts wegen auch zusätzliche Beweise zu erheben, falls dies zur Aufklärung der Sache erforderlich ist (vgl. [Art. 389 Abs. 3 StPO](#)). Des Weiteren sind selbst Beweise, die im bisherigen Verfahren ordnungsgemäss erhoben wurden, von Amts wegen aufs Neue zu erheben, sofern deren unmittelbare Kenntnis für die Urteilsfällung notwendig ist.⁶³ Das ist nicht selbstverständlich (vgl. [Art. 389 Abs. 2](#) versus [Art. 6 StPO](#)), im Hinblick auf den Ausgang der Berufung aber angemessen. Denn schlussendlich muss ein Berufungsgericht ein eigenes Sachurteil zu schwerwiegenden Vorwürfen verantworten können, was die normativen Ansprüche an den Erkenntnisprozess mitbestimmt. Und da ein Berufungsgericht ohnehin zur Wahrheitserforschung verpflichtet ist, sind auch die Parteien jederzeit eingeladen, das Gericht bei dieser schwierigen Aufgabe zu unterstützen. Neue Behauptungen und Beweise, echte und unechte Noven, sind in dieser Berufung zugelassen, selbst wenn dies im Gesetz nicht mehr gesondert hervorgehoben wird.⁶⁴ Be-

ZStrR 136/2018 S. 1, 14

weisanträge, die vom Berufungsführer oder den übrigen Parteien bis zum Abschluss des Beweisverfahrens formgerecht gestellt werden, sind dankend entgegenzunehmen und auf ihr Erkenntnispotenzial hin zu prüfen.⁶⁵ Den Parteien wird vor Gericht also ein ergänzender oder ganz neuer Sachvortrag mit korrespondierendem Beweisantragsrecht eröffnet. Insoweit gibt die Berufung eine volle zweite Tatsacheninstanz.

Das Bundesgericht hat die Berufungsgerichte inzwischen auch mehrfach und eindringlich an ihre Stellung als Sachgerichte erinnert – und erinnern müssen.⁶⁶ Sie dürfen es mit einem Entscheid nach Aktenlage nicht zu weit treiben.⁶⁷ Insbesondere, wenn der persönliche Eindruck von einem Beweismittel entscheidend ist, kann es unverzichtbar sein, einen Beweis im Berufungsverfahren von Amts wegen⁶⁸ nochmals abzunehmen.⁶⁹ Auch wenn der Erstinstanz bei ihrer Beweiserhebung keinerlei Fehler unterlaufen sind.⁷⁰

⁶² Vgl. [Art. 389 StPO](#); BGer [6B 362/2012](#) vom 29. 10. 2012 E. 8.4.2.

⁶³ Vgl. BGer [6B 98/2014](#) vom 30. 9. 2014, E. 3.8 (Art. 389 i. V. m. [Art. 343 StPO](#)); [BGE 140 IV 198](#) (Art. 343 Abs. 3 i. V. m. [Art. 405 Abs. 1 StPO](#)); [BGE 143 IV 290 f.](#) (Art. 341 Abs. 3 i. V. m. [Art. 405 Abs. 1 StPO](#); Befragung der beschuldigten Person von Amts wegen, modifiziert durch [Art. 389 StPO](#) insofern, als sich die Befragung auf die angefochtenen Punkte beschränkt und bereits rechtskonform erhobene Beweise verwertbar bleiben); [BGE 143 IV 223 f.](#) (Beweisergänzungen im Rückweisungsverfahren). Ob diese Notwendigkeit besteht, bestimmt sich nach objektiven Kriterien (faktisch nach der jeweiligen Einschätzung des Bundesgerichtes), was dem freien Ermessen des Gerichtes Schranken setzt, vgl. die Nachweise in Fn. 69.

⁶⁴ Anders noch in [Art. 467 Abs. 3 VE-StPO](#), im Gegensatz zum beschränkten Novenrecht für die Beschwerde nach [Art. 461 Abs. 2 VE-StPO](#), später allesamt gestrichen. Vgl. zum freien Novenrecht bei der Berufung betreffend Verbrechen und Vergehen [Art. 398 Abs. 4 Satz 2 e contrario](#); [BGE 141 IV 246](#) («Auf neue tatsächliche oder rechtliche Vorbringen, die erstmals im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden, ist einzugehen.»); *Eugster* (Fn. 10), [Art. 399 N 5](#); *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), [Art. 398 N 17](#); *M. Kistler Vianin*, in: *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, hrsg. von A. Kuhn/Y. Jeanneret, Basel 2010, [Art. 398 N 11](#); *L. Moreillon/A. Parein-Reymond*, CPP, Code de procédure pénale, Petit Commentaire, 2. Aufl., Basel 2016, [Art. 398 N 21](#); *Schmid* (Fn. 5), [N 1534](#); *ders.* (Fn. 10), [Art. 398 N 7](#). Allgemein zum freien Novenrecht, wenn auch im Kontext der Beschwerde: [BGE 141 IV 405](#); BGer [1B 768/2012](#) vom 15. 1. 2013, E. 2.1 (Einschränkungen einzig im Fall von [Art. 398 Abs. 4 StPO](#)); BGer [1B 368/2014](#) vom 5. 2. 2015, E. 3.2; BGer [1B 51/2015](#) vom 7. 4. 2015, E. 4; KG BL, [470 12 18](#) vom 10. 4. 2012, E. 3.2. Eine dem [Art. 317 Abs. 1 ZPO](#) (vgl. dazu [BGE 142 III 413](#)) oder dem [§ 52 Abs. 2 VRG/ZH](#) entsprechende Bestimmung, die das Novenrecht explizit einschränkt, existiert bei der [StPO](#)-Berufung betreffend Verbrechen/Vergehen gerade nicht. Der Umstand, dass das Berufungsgericht weitere Beweise abnimmt bzw. deren Abnahme für notwendig hält, führt im Übrigen nicht automatisch zur Anwendung von [Art. 409 StPO](#), vgl. nur BGer [6B 362/2012](#) vom 29. 10. 2012 E. 8.4.2.; *Schmid* (Fn. 10), [Art. 409 N 3 f. m. w. N.](#)

⁶⁵ Vgl. BGer [6B 542/2016](#) vom 5. 5. 2017, E. 3.3, 3.4 und 3.5 (Berufungsführer kann Beweisanträge nicht einzig mit Berufungserklärung, sondern wie die übrigen Parteien auch noch in der Verhandlung stellen; unzulässige Abweisung des Beweisantrags mit der Begründung, er sei verspätet).

⁶⁶ Die Entscheide aus Lausanne legen beredtes Zeugnis darüber ab, dass die praktische Handhabung der Berufung der Pflicht zur Wahrheitserforschung von Amts wegen mancherorts krass zuwiderläuft; vgl. BGer [6B 939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.3.2, betreffend das Obergericht Aargau; [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B 803/2015](#) vom 26. 4. 2017, betreffend das Obergericht Schaffhausen.

⁶⁷ Vgl. BGer [6B 803/2015](#) vom 26. 4. 2017 (zur Publikation vorgesehen), E. 1.4 und 1.5.

⁶⁸ Das Bundesgericht hat unmissverständlich klargestellt, dass die Pflicht zur Wahrheitserforschung im kantonalen Strafverfahren bei den Berufungsgerichten liegt; sie dürfen sich von dieser Pflicht nicht durch die Etablierung rigider Beweisantragspflichten der Parteien dispensieren; dazu [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B 803/2015](#) vom 26. 4. 2017; BGer [6B 542/2016](#) vom 5. 5. 2017, E. 3.3, 3.4 und 3.5; BGer [6B 992/2016](#) vom 29. 5. 2017, E. 2.3 und 2.4.

⁶⁹ Dies hat das Bundesgericht insbesondere dann angenommen, wenn auf Aussagen abgestellt werden soll

Und wenn wir schon bei persönlichen Eindrücken sind: Dann sollten wir auch die beschuldigte Person nicht vergessen. Denn wir müssen ja bedenken: Seit dem Erstentscheid bis zur Berufungsverhandlung, da vergeht eine ganze Weile. Unterdessen kann eine beschuldigte Person *bei sich selbst* für einige Veränderungen sorgen. Der persönliche Eindruck von ihr kann Monate später ein ganz anderer sein

ZStrR 136/2018 S. 1, 15

als früher. Vielleicht hat sie unterdessen dem Alkoholkonsum abgeschworen, endlich eine Arbeitsstelle gefunden, eine Therapie angefangen. All dies ist für die Wahl und Festlegung strafrechtlicher Sanktionen von Belang. Die Berufung verschafft einer beschuldigten Person daher stets eine Gelegenheit zur «Vorbewährung», die genutzt werden kann. Ich will nicht verschweigen: Diese Taktik kann natürlich auch nach hinten losgehen. Wenn es mit einem Beschuldigten seit dem Erstentscheid bergab geht, kann auch das im Berufungsverfahren relevant werden.⁷¹ Falls ein Berufungsgericht seiner Aufgabe nachkommt, sich selbst ein eigenes aktuelles Bild von der beschuldigten Person und ihrer Lebenssituation zu machen.

2. Die Urteilsfindung des Berufungsgerichts

Gestützt auf die Verhandlung und sämtliche Akten muss ein Berufungsgericht dann wenn immer möglich ein neues Urteil in der Sache fällen.⁷² Dabei ist die Sach- und Rechtslage massgeblich, die im Zeitpunkt der *Berufungsentscheidung* besteht. Das ist die logische Konsequenz einer zweiten Tatsacheninstanz, wie sie bei der Berufung vorgesehen ist.⁷³ Auch deshalb ist es verzerrend, von einer «Überprüfung des Urteils» zu sprechen; ob seine Tatsachenbasis stimmt und die rechtliche Würdigung. Denn es können völlig neue oder andere Aspekte eine Rolle spielen. Auch solche, die der Erstrichter nicht bedacht hat – und auch gar nicht bedenken konnte. Es können Beweis- und Rechtsfragen relevant werden, mit denen sich der Erstrichter nicht auseinandergesetzt hat – und mit denen er sich auch nicht auseinandersetzen *konnte*. Ein Berufungsgericht kann also auch wegen neuer

ZStrR 136/2018 S. 1, 16

Tatsachen oder Beweismittel⁷⁴ oder gar wegen einer zwischenzeitlichen Gesetzesänderung zu einem anderen Urteil gelangen. *Ohne* dass dem Erstgericht – gemessen am damaligen Zeitpunkt – ein Fehlervorwurf gemacht werden kann. Und dementsprechend besteht auch die Befugnis des Berufungsgerichts zu einem neuen, anderen Entscheid völlig unabhängig davon, ob ein Rügegrund ([Art. 398 Abs. 3 StPO](#)) erfüllt ist oder nicht. Ob die tatsächlichen Feststellungen der Erstinstanz die Verurteilung getragen haben, ob die Subsumtion rechtlich einwandfrei war, dies alles spielt für das Berufungsgericht, wenn es selbst aufs Neue in der Sache entscheidet, keine massgebliche Rolle. Von daher muss es sich im Rahmen der eigenen Begründung seines Sachurteils mit den erstinstanzlichen Erwägungen, etwa einer

(Personalbeweise), die das einzige direkte Beweismittel darstellen («Aussage gegen Aussage»-Situation; vgl. BGer [6B 939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.2.2; [BGE 140 IV 199 f.](#); BGer [6B 622/2014](#) vom 20. 1. 2015, E. 4.1; BGer [6B 98/2014](#) vom 30. 9. 2014, E. 3.8; BGer [6B 139/2013](#) vom 20. 6. 2013, E. 1.3.2; je mit Hinweisen) und/oder, wenn das Berufungsgericht von den erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen abweichen will (vgl. BGer [6B 939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.2.2; [BGE 140 IV 199](#) mit Hinweisen). Der Entscheid über die Erforderlichkeit der neuerlichen Beweisabnahme ist «unter Berücksichtigung des Grundsatzes der materiellen Wahrheit von Amtes wegen nach Ermessen zu entscheiden» (BGer [6B 139/2013](#) vom 20. 6. 2013, E. 1.3.2; BGer [6B 939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.2.2; vgl. auch BGer [6B 970/2013](#) vom 24. 6. 2014, E. 2.1; [BGE 140 IV 200](#); je mit Hinweisen).

⁷⁰ [BGE 140 IV 198](#); vgl. auch BGer [6B 70/2015](#) vom 20. 4. 2016, E. 1.3; [BGE 143 IV 290 f.](#)

⁷¹ Vgl. bereits unter dem kantonalen Recht die Klarstellung bei *Zweidler* (Fn. 21), § 210 N 8, im Kontext der Strafzumessung mit Nachweisen zur kantonalen Gerichtspraxis («Das Obergericht hat bei seinem Entscheid bezüglich der Strafzumessung und der übrigen Sanktionen – insbesondere in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse – von den Umständen im Zeitpunkt seines eigenen Urteils auszugehen»).

⁷² [Art. 408 StPO](#). Die Kassation ist die Ausnahme; siehe [Art. 409 StPO](#) und dazu BGer [6B 512/2012](#) vom 30. 4. 2013, E. 1.3.3; ferner *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 409 N 1 ff.; *Kistler Vianin* (Fn. 64), Art. 409 N 3 (unter Hinweis auf die Botschaft); *Moreillon/Parein-Reymond* (Fn. 64), Art. 409 N 2; *Schmid* (Fn. 10), Art. 409 N 2; *Schmid* (Fn. 10), Art. 409 N 1; *S. Zehnder*, Die Heilung strafbehördlicher Verfahrensfehler durch Rechtsmittelgerichte, Diss. Zürich 2016, N 127.

⁷³ Vgl. unter dem kantonalen Recht *Zweidler* (Fn. 21), § 210 N 8, insbesondere für Entwicklungen, die den Sanktionenpunkt betreffen. Siehe auch *M. Donatsch*, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, hrsg. von A. Griffel, 3. Aufl., Zürich 2014, § 52 N 8, wobei dies für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht nur gilt, wenn dieses als erste gerichtliche Instanz urteilt, während in der Eigenschaft als zweite gerichtliche Instanz zufolge der Novenbeschränkung in § 52 Abs. 2 VRG/ZH differenziert zu beurteilen ist, auf welchen Zeitpunkt bei der Entscheidung abzustellen ist; vgl. dazu *Donatsch*, a. a. O., N 10, 22 ff., 31 ff.

⁷⁴ Zutreffend klargestellt auch bereits durch *V. Lieber*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich u. a. 2014, Art. 379 N 3.

abweichenden Beweiswürdigung der Vorinstanz, auch nicht einmal zwingend befassen, wengleich dies zur Stärkung des eigenen Standpunktes im Einzelfall wünschenswert sein kann.⁷⁵

Darin liegt ein fundamentaler verfahrensstruktureller Unterschied zwischen der Berufung und einem Rechtsmittel, das in erster Linie einen Überprüfungscharakter hat. Als Kontrastbild können wir – aus dem geltenden Prozessrecht – einmal die Beschwerde beim Bundesgericht nehmen. Das Bundesgericht kann heutzutage ebenfalls in der Sache selbst entscheiden ([Art. 107 Abs. 2 Satz 1 BGG](#)).⁷⁶ Aber der Weg zum Sachurteil ist kein direkter.⁷⁷ Diese Türe öffnet sich nur, wenn zuvor ein Rechtsfehler bei der Urteilsfindung festgestellt worden ist. Es muss ein Rügegrund erfüllt sein. Nur dann schreitet das Bundesgericht reformatorisch ein.⁷⁸ Bei einer zulässigen Berufung sieht der Weg zum Sachentscheid hingegen

ZStrR 136/2018 S. 1, 17

anders aus. Das Urteil der Erstinstanz ist nicht in dieser Weise «eingehegt», es genießt keinen derartigen «Verfallsschutz». Sondern ein Berufungsgericht soll gestützt auf die Akten, die Berufungsverhandlung und alle sonstigen Erkenntnisse eine eigene materielle Beurteilung der Strafsache gewährleisten⁷⁹ – und zwar selbst dann, wenn der Erstentscheid, gemessen am damaligen Zeitpunkt, ein juristisches Glanzstück gewesen ist.⁸⁰

Anders liegt es nur bei einer Teilanfechtung. Und zwar bezogen auf *den* Teil des Ersturteils, um den es bei der Berufung eigentlich *nicht* mehr geht: bei den *nicht* angefochtenen, den bereits rechtskräftigen Punkten. Insoweit ist die Kompetenz des Berufungsgerichts, das Ersturteil abzuändern, tatsächlich an eine vorgängige Fehlerfeststellung gebunden.⁸¹ Und insoweit ist auch die Berufung als Rechtsmittel auf eine blosse Fehlerkorrektur ausgelegt und limitiert.⁸² Aber das ist unter dem Strich ein vernünftiger Kompromiss. Zwischen dem Anliegen, Falschverurteilungen einer beschuldigten Person möglichst zu vermeiden, und dem guten Recht der Parteien, einen Teil der Sache für erledigt zu erklären. Auf den angefochtenen Teil lässt sich das nicht übertragen – hier hat ein Berufungsgericht alle Freiheiten, die Sache gänzlich unabhängig von den Erwägungen im angefochtenen Urteil zu entscheiden.⁸³

In dieses Puzzle fügen sich nun auch die Grundsätze der Entscheidungsfindung ein, die für die Berufung gelten. Grenzen sind einem Berufungsgericht allein durch die Anklage⁸⁴ und das Verbot der Schlechterstellung gesetzt.⁸⁵ Aber das Berufungsgericht ist nicht an die Anträge oder Begründungen der Parteien gebunden

⁷⁵ BGer [6B 760/2016](#) vom 29. 6. 2017, E. 4.4.

⁷⁶ Vgl. *M. Thommen/H. Wiprächtiger*, Die Beschwerde in Strafsachen, [AJP 2006, 651](#), 653; ausführlicher *Keller/Wiprächtiger* (Fn. 17), 184, 189 f., mit dem Hinweis, dass dies in Strafsachen nur sehr selten vorkomme; vgl. als seltenes Anwendungsbeispiel BGer [6B 428/2007](#) vom 27. 12. 2007, E. 20. Dies dürfte in erster Linie mit dem Erfordernis «liquider Verhältnisse» zusammenhängen, das reformatorische Entscheidungen von vornherein verunmöglicht, wenn die Vorinstanz zusätzliche Sachverhaltserhebungen vorzunehmen hat; vgl. BGer [6B 146/2007](#) vom 24. 8. 2007, E. 7.2, nicht publiziert in [BGE 133 IV 293](#); BGer [6B 298/2007](#) vom 24. 10. 2007, E. 5.2.1, nicht publiziert in [BGE 134 IV 26](#).

⁷⁷ Vgl. [Art. 107 Abs. 2 BGG](#): «Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück.»

⁷⁸ Vgl. allgemein zum reformatorischen Urteil des Bundesgerichts *Keller/Wiprächtiger* (Fn. 17), 184, 189 f.; *U. Meyer/J. Dormann*, in: Basler Kommentar [BGG](#), hrsg. von M. A. Niggli/ P. Uebersax/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 107 N 12 f. Ebenso war beispielsweise die einstige Nichtigkeitsbeschwerde im Kanton Zürich konzipiert: Das Kassationsgericht konnte zwar schlussendlich selbst ein neues Sachurteil fällen, aber erst und nur «nach Gutheissung der Beschwerde» und somit bei vorgängiger Feststellung eines Nichtigkeitsgrundes, §§ 430, 433 Abs. 3 StPO/ZH.

⁷⁹ Vgl. entsprechend zur ehemaligen Berufung im Kanton Thurgau *Zweidler* (Fn. 21), § 210 N 2 ff., unter Verweis auf den reformatorischen Charakter des im Berufungsverfahren erwirkten Urteils und die volle Kognition des Berufungsgerichts.

⁸⁰ Vgl. zu diesem Szenario *Lieber* (Fn. 74), Art. 379 N 3 (Änderung des Urteils aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel, ohne dass diesem [aus Sicht der unteren Instanz] notwendigerweise ein Fehler zugrunde liegt).

⁸¹ Vgl. [Art. 404 Abs. 2 StPO](#).

⁸² BGer [6B 634/2012](#) vom 11. 4. 2013, E. 2.3.1; BGer [6B 349/2016](#) vom 13. 12. 2016, E. 2.3; BGer [6B 769/2016](#) vom 11. 1. 2017, E. 2.3; *Eugster* (Fn. 10), Art. 404 N 5; *Kistler Vianin* (Fn. 64), Art. 404 N 2 ff.

⁸³ Vgl. entsprechend zur ehemaligen Berufung im Kanton Thurgau *Zweidler* (Fn. 21), § 210 N 2 ff.

⁸⁴ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 59.

⁸⁵ [BGE 139 IV 284 ff.](#); BGer [6B 249/2016](#) vom 19. 1. 2017, E. 1.4.1; KG Freiburg [501 2016 170](#) vom 22. 5. 2017 E. 3c; *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 398 N 3; *Kistler Vianin* (Fn. 64), Art. 398 N 12.

(Art. 391 Abs. 1 lit. a und lit. b [StPO](#)).⁸⁶ Und es hat eine umfassende «Prüfungsbefugnis» erhalten ([Art. 398 Abs. 2 StPO](#)). Zwar spricht das Gesetz irreführend von einer Befugnis zur «Überprüfung des Urteils». In Wahrheit ist aber etwas anderes gemeint.

ZStrR 136/2018 S. 1, 18

Dem Berufungsgericht ist nach der Gesamtkonzeption der Berufung eine *umfassende Verhandlungs- und Entscheidungsbefugnis* zugewiesen – jeweils im Rahmen der Anfechtung. Diese Befugnis muss ein Berufungsgericht ausschöpfen.⁸⁷ Das Berufungsgericht soll die Strafsache möglichst ungehindert abklären und entscheiden können⁸⁸ – und das auch *tun*. Es soll zu unabhängigen Schlussfolgerungen gelangen können⁸⁹ – und das auch *umsetzen*.⁹⁰ Insbesondere mit Bezug auf die Beweiswürdigung und das Strafmass.⁹¹ Diese Aufgabe wird verkannt, wenn sich Berufungsgerichte bei der Strafzumessung auf eine Ohne-Not-Praxis verlegen.⁹² Sie bleiben dabei in der Rolle eines Kontrolleurs stecken, obwohl ihnen von Gesetzes wegen etwas anderes abverlangt wird: eine unabhängige, eigenständige Strafzumessung,⁹³ für die das Berufungsgericht dann auch die volle eigene Verantwortung trägt.

ZStrR 136/2018 S. 1, 19

Und die eigenständige Entscheidung in der Sache: Sie kommt dann auch grundsätzlich in *einem neuen, eigenständigen Urteilsausspruch* zum Ausdruck. Verwirrend mag allein sein, dass dem Berufungsführer mitunter bloss verkündet wird: «Die Berufung wird abgewiesen.»⁹⁴ Das kommt vor: wenn ein Berufungsgericht bei seiner eigenen materiellen Beurteilung der Sache genau zu demselben Ergebnis kommt wie die Erstinstanz. Diese eigentümliche Formulierung hat aber nur formale Gründe. Sie soll verhindern, dass zwei gleichlautende Urteile nebeneinander bestehen, sie ist ein Gebot der Rechtsklarheit. Das angefochtene Urteil aufzuheben, wenn es nicht abgeändert wird, wäre aber wenig sinnvoll. Daher bestätigt das Berufungsgericht stattdessen indirekt das Ersturteil, indem es die Berufung abweist. Es greift dadurch auf die Entscheidungsformel im angefochtenen Urteil zurück. Sie drückt dann den Urteilspruch zu

⁸⁶ Schmid (Fn. 5), N 1487. Diese Regelung soll den Rechtsmittelinstanzen ermöglichen, einen in sachverhältnismässiger und rechtlicher Hinsicht möglichst «richtigen» Entscheid zu fällen; siehe Schmid (Fn. 10), Art. 391 N 1; OGer TG, RBOG 2014 Nr. 19; vgl. auch Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1311.

⁸⁷ Betont wird hingegen meist nur die Pflicht der Gerichte zur «Ausschöpfung» ihrer Kognition; vgl. etwa Hug/Scheidegger (Fn. 25), Art. 398 N 20.

⁸⁸ Vgl. entsprechend zur ehemaligen Berufung im Kanton Thurgau Zweidler (Fn. 21), § 210 N 4.

⁸⁹ Vgl. entsprechend zur ehemaligen Berufung im Kanton Thurgau Zweidler (Fn. 21), § 210 N 4.

⁹⁰ Vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1311; BGer [6B 853/2016](#) vom 18. 10. 2017, E. 3.

⁹¹ Vgl. entsprechend zur ehemaligen Berufung im Kanton Thurgau Zweidler (Fn. 21), § 210 N 4. Ein Verweis auf die Erwägungen des Ersturteils ist möglich, aber nur dann, wenn das Berufungsgericht aufgrund seiner eigenen materiellen Beurteilung zu dem Schluss kommt, dass es sich die Erwägungen des Ersturteils in den jeweiligen Passagen voll zu eigen macht. So ist es nach [Art. 82 Abs. 4 StPO](#) den Rechtsmittelinstanzen mit Blick auf die Prozessökonomie erlaubt, für die tatsächliche und rechtliche Würdigung des infrage stehenden Sachverhalts auf die Begründung der Vorinstanz zu verweisen, wenn sie dieser beipflichten. Hingegen ist ohnehin auf neue tatsächliche Vorbringen und rechtliche Argumente einzugehen, die erst im Rechtsmittelverfahren vorgetragen werden (*D. Brüscheiler*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich u. a. 2014, Art. 82 N 9). Insgesamt ist die Verweisteknik gerade im Bereich der Strafzumessung fehleranfällig, wie diverse Aufhebungen von Berufungsentscheiden durch das Bundesgericht wegen unklarer Verweisteknik bezeugen (BGer [6B 356/2012](#) vom 1. 10. 2012; BGer [6B 776/2013](#) vom 22. 7. 2014; [BGE 141 IV 244](#); BGer [6B 853/2016](#) vom 18. 10. 2017, E. 3.2). Vgl. zu vergleichbaren Schwierigkeiten, die bei der Berufung nach deutschem Strafverfahrensrecht auftreten, Frisch (Fn. 6), § 328 N 11 (Verweise auf Strafzumessung lassen oft nicht erkennen, ob das Berufungsgericht seiner Aufgabe zu eigenständiger Strafzumessung nachgekommen ist und wenn es sie vornimmt, dann oft fehlerhafte Verweise).

⁹² Bekannt bereits aus der Praxis im kantonalen Recht; vgl. z. B. für den Kanton Thurgau Zweidler (Fn. 21), § 209 N 26 m. w. N., obwohl das Berufungsgericht für die Strafzumessung bei seinem Sachurteil auf den Zeitpunkt der Berufungsentscheidung abzustellen hatte und in seiner Kognition völlig frei war; vgl. auch die Prophezeiung bei Hug/Scheidegger (Fn. 25), Art. 398 N 20: «Die zweite Instanz ist also nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, eine eigenständige Strafzumessung vorzunehmen und selbst marginale Korrekturen auszufällen [...] Faktisch ist aber dennoch anzunehmen, dass sich die Berufungsinstanzen in einem gewissen Rahmen bei reinen Ermessensfragen eine gewisse Zurückhaltung auferlegen werden.»

⁹³ Vgl. BGer [6B 356/2012](#) vom 1. 10. 2012, E. 3.4 und 3.5; BGer [6B 776/2013](#) vom 22. 7. 2014, E. 1.6; [BGE 141 IV 248](#); Hug/Scheidegger (Fn. 25), Art. 398 N 20; Schmid (Fn. 5), N 1532.

⁹⁴ Vgl. z. B. die Tenorierung in OGer ZH [SU120051](#) vom 2. 4. 2013, S. 15; zusätzlich mit ausdrücklicher Bestätigung des Ersturteils z. B. KG BL 460 13 36 vom 13. 5. 2013, S. 9: «In Abweisung der Berufung der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft, Hauptabteilung Arlesheim, wird das Urteil des Strafgerichtspräsidiums Basel-Landschaft vom 11. Januar 2013 vollumfänglich bestätigt.»



Schuld und Rechtsfolgen aus, ohne dass das Berufungsgericht ihn nochmals niederschreiben muss. Aber auch dann fällt das Berufungsgericht einen eigenen Schuld- oder Freispruch, es urteilt in der Sache selbst.⁹⁵ In diesem Sinne hat es unlängst auch das Bundesgericht erklärt: einem Beschwerdeführer, der meinte, das Berufungsgericht habe mit der blossen Abweisung seiner Berufung doch glatt den Sachentscheid vergessen.⁹⁶

IV. Begründungspflicht, Rügeprinzip, Rügepflicht

Mit meinen bisherigen Ausführungen liegt nun auch die Antwort auf eine weitere Frage auf der Hand: Darf sich ein Berufungsgericht darauf beschränken, Beanstandungen oder Rügen eines Berufungsführers abzuarbeiten? Meine Antwort lautet: keinesfalls. Und ich möchte auch verdeutlichen, warum dies so zu sehen ist.

1. Rügeprinzip/Rügepflicht: Bedeutung und dogmatischer Ansatzpunkt

Im gesamten Verfahrensrecht lässt sich beobachten: Gerichte setzen in Rechtsmittelverfahren vielfach ein sogenanntes «Rügeprinzip» oder eine «Rügepflicht»

ZStrR 136/2018 S. 1, 20

durch.⁹⁷ Die Begriffsverwendung in Rechtsprechung und Lehre ist uneinheitlich und teils unspezifisch.⁹⁸ In der Sache geht es aber zumeist darum, dass Gerichte ihre Prüfungspflicht auf die jeweiligen Rügen begrenzen, die der Rechtsmittelführer erhoben hat: «Was nicht gerügt wird, wird auch nicht geprüft»⁹⁹ – so lautet grob umschrieben die Devise. Auf diese Weise werden an sich geltende Prozessmaximen für das Rechtsmittelverfahren relativiert. Vorab der Grundsatz *iura novit curia*, also die Rechtsanwendung von Amts wegen, mitunter werden aber auch bei der Untersuchungsmaxime Abstriche gemacht.¹⁰⁰ Es versteht sich von selbst, dass ein solches Vorgehen je nach Rechtsmittel oder Verfahrensordnung mehr oder weniger

⁹⁵ Vgl. *Eugster* (Fn. 10), Art. 408 N 3.

⁹⁶ BGer [6B 482/2012](#) vom 3. 4. 2013, E. 5.1 und 5.3 (wobei das Dispositiv dann im Übrigen formell nicht ganz korrekt war, was aber als unerheblich eingestuft wurde): «Der Beschwerdeführer beanstandet, mit dem angefochtenen Entscheid werde kein neues Urteil gefällt, sondern die Berufung lediglich abgewiesen. Dadurch werde [Art. 408 StPO](#) verletzt (Beschwerde, S. 26 f.). [...] Mit der blossen Berufungsabweisung fällt die Vorinstanz materiell ein neues Sachurteil.»

⁹⁷ *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 10), N 1427: «Die Beschwerdeinstanz ist verpflichtet, ihre gesetzliche Kognition auszuschöpfen. Sie muss sich folglich mit allen zulässigerweise erhobenen und hinreichend begründeten Rügen auseinandersetzen. Andernfalls verletzt sie den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ([Art. 29 Abs. 2 BV](#)). Inwieweit die Beschwerdeinstanz auch Fragen prüfen muss, welche die Parteien nicht vorgebracht haben, betrifft das Rügeprinzip.» Ein striktes Rügeprinzip, das bereits die Prüfungsbefugnis des Rechtsmittelgerichts für bestimmte Fragestellungen beschränkt, ist in [Art. 106 Abs. 2 BGG](#) vorgesehen (vgl. Begriff in [BGE 133 III 639](#)), mit dem sich im Ergebnis auch [Art. 77 Abs. 3 BGG](#) deckt; siehe [BGE 134 III 187](#); vgl. auch [BGE 136 I 53](#). Ohne eine solche Rüge darf das Bundesgericht die Beschwerde unter Berufung auf eine Verletzung dieser Rechte nicht gutheissen, selbst wenn sich der Entscheid unter diesem Blickwinkel als fehlerhaft erweist. Zugleich besteht bezogen auf diese Rügen – in den Worten des Bundesgerichts gesprochen – eine «qualifizierte Rügepflicht»; siehe [BGE 136 I 53](#) («Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist.»); ebenso [BGE 137 V 146](#); [BGE 137 II 310 f.](#); BGer [8C 165/2014](#) vom 11. 3. 2014. Zur Herleitung eines Rügeprinzips aus Begründungspflichten im früheren Prozessrecht des Kantons Luzern *Glanzmann-Tarnutzer* (Fn. 33), 839 ff.

⁹⁸ Instruktiv dazu *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 10), N 1427, N 1507 ff.; siehe auch *M. Bertschi*, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), hrsg. von A. Griffel, 3. Aufl., Zürich 2014, Vorbem. zu §§ 19–28a, N 29 ff. Einen guten Überblick zum Rügeprinzip bei der ZPO-Berufung gibt *O. M. Kunz*, in: *ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde – Kommentar zu den Art. 308–327a ZPO*, hrsg. von O. M. Kunz/U. H. Hoffmann-Nowotny/D. Stauber, Basel 2013, Art. 311 N 88 ff.; vgl. zu erforderlichen Interventionen des Bundesgerichts, das die Pflicht zur Rechtsanwendung von Amts wegen für die ZPO-Berufung klarstellen und damit gegenläufigen kantonalen Tendenzen im Zivilprozess entgegenwirken musste: BGer [5A 635/2015](#) vom 21. 6. 2016, E. 5; vgl. auch BGer [4A 397/2016](#) vom 30. 11. 2016, E. 3.1 m. w. H.

⁹⁹ Vgl. *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 10), N 1507; exemplarisch BGer [6B 853/2016](#) vom 18. 10. 2017, E. 3.1.2 zum Vorgehen des Obergerichts Zürich.

¹⁰⁰ Vgl. *Glanzmann-Tarnutzer* (Fn. 33), 839, 842, 844 m. w. N.; zum Verwaltungsverfahren *Bertschi* (Fn. 98), Vorbem. zu §§ 19–28a, N 25 ff., 29 ff.; *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 10), N 1507 ff.

¹⁰¹ Vgl. *Glanzmann-Tarnutzer* (Fn. 33), 839.

rigide umgesetzt wird.¹⁰¹ Aber der dogmatische Ansatzpunkt ist doch meist identisch: Angeknüpft wird an eine gesetzliche Pflicht der Parteien zur Begründung des Rechtsmittels.¹⁰² Und bezeich-

ZStrR 136/2018 S. 1, 21

nenderweise muss eine solche Begründung bei diesen Rechtsmitteln jeweils gleich zu *Beginn* des Verfahrens abgeliefert werden, mit der *Einlegung* des Rechtsmittels.¹⁰³

2. Begründungspflicht, Rügeprinzip/Rügepflicht bei der Berufung in Strafsachen?

Bei der Berufung schimmert in Praxis und Lehre nun ein ähnliches Grundverständnis durch: dass ein Berufungsgericht nur die Kritikpunkte der Parteien abarbeiten muss. So, wenn gesagt wird, es sei nicht das Ziel des Rechtsmittelverfahrens, ein von Grund auf neues Urteil zu finden;¹⁰⁴ so, wenn gesagt wird, ein Appellationsgericht sei nicht das Strafgericht; so, wenn gesagt wird, dass nur noch strittige Punkte angeschaut werden.¹⁰⁵ Zudem ist im Schrifttum die Frage aufgekommen, was der Gesetzgeber uns denn bloss mit der Auflistung der Rügemöglichkeiten sagen wollte: ob vielleicht ein Rügeprinzip oder eine Rügepflicht gelten soll.¹⁰⁶ Und das ist auch theoretisch denkbar. Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amts wegen und die Untersuchungsmaxime – sie verbieten eine solche Deutung *nicht von vornherein*, auch nicht im kantonalen Strafverfahren. Denn diese Prozessmaximen können durch gesetzliche Anforderungen eines Rechtsmittels zurückgedrängt werden. Beispiele dafür hat es zuhauf im früheren kantonalen Strafprozessrecht.

Aber das alles ist eben doch: Vergangenheit. Dieses «Rechtsmitteldenken» kann auf die heutige Berufung nicht übertragen werden. Für die heutige Berufung kann es keine Beschränkung auf einzelne Rechtsfragen oder Anträge oder auch nur auf die jeweiligen Rügen einer Partei geben. Das zeigt sich in aller Deutlichkeit nur schon daran: dass die heutige Berufung ohne jede Begründung des Berufungsführers ihren Gang nimmt.¹⁰⁷ Darin liegt eine bemerkenswerte Abkehr des Gesetz-

ZStrR 136/2018 S. 1, 22

gebers von vielen kantonalen Modellen einer Berufung, die einen Begründungszwang bei der Einlegung der Berufung kannten.¹⁰⁸ Heute ist das anders. Um es überspitzt auszudrücken: Die Berufung bewirkt in ihrer heutigen Konzeption, dass die Entscheidung der Erstinstanz durch eine simple Anmeldung und Erklärung der Berufung ([Art. 399 StPO](#)) ihre Bedeutung nahezu verliert.¹⁰⁹ Ein Berufungsführer muss dem erstinstanzlichen Gericht zum Beispiel mitteilen «ich gehe in Berufung» – und Punkt ([Art. 399 Abs. 1 StPO](#)).¹¹⁰ Und dann muss der Berufungsführer später das begründete Urteil der Erstinstanz zur Hand nehmen und dem Berufungsgericht einige formale Punkte «erklären» ([Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO](#)). Zum Beispiel, ob

¹⁰² Siehe *Bertschi* (Fn. 98), Vorbem. zu §§ 19–28a, N 30 mit dem Hinweis, es seien Abstufungen auszumachen je nach Charakteristika des Rechtsmittels und den jeweiligen Prozessmaximen. Zur Postulation eines abgeschwächten Rügeprinzips für die zivilprozessuale Berufung *Kunz* (Fn. 98), Art. 311 N 88; kritisch zur ZPO-Berufung *I. Meier/D. Mürner*, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, [SJZ 2003, 597, 599](#). Zur Herleitung eines «strafprozessrechtlichen Rügeprinzips» aus Begründungspflichten im früheren Prozessrecht des Kantons Luzern bei der Kassationsbeschwerde und beim Rekurs *Glanzmann-Tarnutzer* (Fn. 33), 839, 843 ff., die für die (einstige) Appellation hingegen klarstellt, dass diese mangels Begründungspflicht grundsätzlich NICHT dem Rügeprinzip unterworfen sei (a. a. O., 839, 844). Zur Herleitung eines Rügeprinzips aus Begründungspflichten im öffentlichen Verfahrensrecht des Bundes ([Art. 52 Abs. 1 VwVG](#) und [Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG](#)) *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 10), N 1507 ff.

¹⁰³ Vgl. [Art. 311 ZPO](#); [Art. 52 Abs. 1 VwVG](#); [Art. 42 Abs. 1, 2 BGG](#); § 54 Abs. 1 VRG ZH.

¹⁰⁴ *Zehnder* (Fn. 72), N 128 m. w. N.

¹⁰⁵ Siehe oben unter I.; vgl. auch die Haltung des Obergerichts Schaffhausen, beanstandet durch [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B_803/2015](#) vom 26. 4. 2017.

¹⁰⁶ Vgl. *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 398 N 16, die diese Frage i. E. aber verneinen; missverständlich *A. Donatsch/C. Schwarzenegger/W. Wohlers*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. Zürich 2014, 353: «Das Berufungsgericht kann den vorinstanzlichen Entscheidung in den gerügten Punkten (eine eigentliche Rügepflicht sieht die StPO nicht vor) im Hinblick auf [...] überprüfen.» Gemeint ist nach dem Gesamtzusammenhang ebda. wohl eine Überprüfung «in den angefochtenen Punkten».

¹⁰⁷ Vgl. [BGE 134 IV 44 f.](#); BGer [6B_170/2012](#) vom 7. 5. 2012, E. 1.4; BGer [6B_674/2012](#) vom 11. 4. 2013, E. 1.7; *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 399 N 2.

¹⁰⁸ Vgl. § 218 StPO/AG; Art. 142 StPO/GR; Art. 155 Abs. 2 StPO/NW; Art. 221 Abs. 1 StPO/UR; § 71 Abs. 2 StPO/ZG.

¹⁰⁹ Vgl. [Art. 399 StPO](#) zur Anmeldung und Erklärung der Berufung.

¹¹⁰ Vgl. *Eugster* (Fn. 10), Art. 399 N 1; *Schmid* (Fn. 10), Art. 399 N 3.

er nur bestimmte Teile der Entscheidung, etwa die Strafzumessung, anfechten will (vgl. [Art. 399 Abs. 3 und 4 lit. a StPO](#)). Aber eine *Begründung* der Berufung, bestehend in einer Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids, die braucht es für eine zulässige Berufung *nicht*.¹¹¹ Daher muss ein Berufungsgericht auch auf eine Berufung *eintreten*, ohne dass eine Begründung vorliegt.¹¹² Und es muss sogar völlig eigenständig über die Sache *verhandeln*, obwohl keine Begründung vorliegt. Eine Begründung erfolgt bei der Berufung erst im Verlaufe der Verhandlung, üblicherweise in den Parteivorträgen am Schluss.¹¹³ Wobei für diese Parteivorträge dasselbe gilt wie in erster Instanz

ZStrR 136/2018 S. 1, 23

([Art. 405 Abs. 1 StPO](#)): Sie sind Ausfluss des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör, sie sind ein Recht der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter, keine Pflicht.¹¹⁴ Anders liegt es allein bei der Staatsanwaltschaft und einer *notwendigen* wie auch *amtlichen* Verteidigung. Sie müssen plädieren, wenn sie vor Gericht auftreten.¹¹⁵ Aber dies erklärt sich aus ihrer ureigenen Rolle.¹¹⁶ Daraus lässt sich keine allgemeine Begründungspflicht herleiten, die der *Berufung als Rechtsmittel* anhaftet. Mit anderen Worten: Ein Berufungsgericht muss die längste Zeit des Berufungsverfahrens ohne eine Berufungsbegründung auskommen;¹¹⁷ und es sind auch die längste Zeit gar keine Rügen in der Welt, auf deren Behandlung sich das Berufungsgericht *beschränken* könnte.

Im Schrifttum ist dieser Verzicht auf eine frühzeitige *obligatorische* Berufungsbegründung bisweilen als verfehlt kritisiert worden. Weil es einem Berufungsgericht schwerfalle, allein anhand der Abänderungsanträge und der Akten die Verhandlung vorzubereiten und den Fall zu beurteilen.¹¹⁸ Das mag in manchen Fällen bei manch einem Richter zutreffen. Doch es sei daran erinnert: Diese Situation hat es auch schon früher in einigen Kantonen gegeben;¹¹⁹ und man konnte damit offenbar ganz gut leben. Vor allem aber ist diese Regelung des Berufungsverfahrens für das Verständnis der Berufung überaus bedeutsam. Denn *verfahrensstrukturell* hat der Gesetzgeber damit ein ungemein wichtiges Signal gesetzt: dass ein Berufungsgericht sämtliche Fragen, die der Anklagesatz aufwirft, gefälligst von sich aus *eigenverantwortlich* klären soll¹²⁰ – jeweils im Umfang der Anfechtung. Ein Rügeprinzip, das die Untersuchungsmaxime und den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amts wegen systematisch beschneidet, kann es unter solchen Bedingungen nicht geben. Wenn es von manchen Berufungsgerichten gleichwohl praktiziert wird, dann bedeutet das eine enorme Verkürzung des Rechtsschutzes. Sie schieben die Verantwortung für einen in jeder Hinsicht möglichst «richtigen» Entscheid bereits im kantonalen

¹¹¹ Vgl. [BGE 143 IV 44 f.](#); BGer [6B 99/2017](#) vom 27. 4. 2017, E. 3.2; OGer ZH [SB150486](#) vom 20. 5. 2016, E. II. 1.3. Zum Inhalt der Berufungserklärung *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 399 N 9 ff., die gerade keine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides verlangen; ebenso *Eugster* (Fn. 10), Art. 399 N 2 ff.; *Riklin* (Fn. 25), Art. 399 N 1 f.; *N. Ruckstuhl/V. Dittmann/J. Arnold*, Strafprozessrecht – unter Einschluss der psychiatrischen Forensik und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011, N 1155 (Es sei «zu erklären, in welchen Punkten das Urteil angefochten werden soll [d. h., wie das Dispositiv richtigerweise zu lauten hätte und somit vom Berufungsgericht gefällt werden soll] und welche Beweisanträge gestellt werden. Nicht erforderlich ist eine eigentliche Begründung der Berufung, was innert 20 Tagen auch gar nicht möglich wäre.»).

¹¹² Umkehrschluss aus [Art. 403 StPO](#), der die Nichteintretensgründe für die Berufung abschliessend auflistet und deren Prüfung vom Ablauf her zudem zu einem Zeitpunkt ansetzt, zu dem ein Berufungsgericht lediglich die Berufungsanmeldung und die Berufungserklärung des Berufungsführers in den Händen hat.

¹¹³ Vgl. [BGE 143 IV 44 f.](#); *Eugster* (Fn. 10), Art. 399 N 4; *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 405 N 9; *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold* (Fn. 111), N 1158. Wird eine Dispensation des Berufungsführers oder der Staatsanwaltschaft für die Hauptverhandlung zugelassen, dann wird in diesem späten Stadium der Berufung vom Gericht eine schriftliche Begründung anstelle der mündlichen Vorträge eingefordert, [Art. 405 Abs. 2 und 4 StPO](#). In dem Falle stellt sich wie im schriftlichen Verfahren die Frage, ob eine «ungenügende Begründung» einen Nichteintretensentscheid rechtfertigen kann; vgl. dazu *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 405 N 6.

¹¹⁴ Vgl. *B. Gut/T. Fingerhuth*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich u. a. 2014, Art. 346 N 1.

¹¹⁵ Vgl. *Gut/Fingerhuth* (Fn. 114), Art. 346 N 3 und N 13 für die Staatsanwaltschaft bzw. die notwendige wie auch amtliche Verteidigung.

¹¹⁶ Vgl. *Gut/Fingerhuth* (Fn. 114), Art. 346 N 3 und N 13.

¹¹⁷ *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold* (Fn. 111), N 1158.

¹¹⁸ *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold* (Fn. 111), N 1158.

¹¹⁹ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 33. Siehe ausserdem für das vereinfachte Verfahren § 206 Abs. 2 StPO/TG, wonach bei Anforderung einer schriftlichen Begründung, wenn keine Parteiverhandlung erfolgt, der blosser Verweis auf die Akten genügt.

¹²⁰ Vgl. auch [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B 803/2015](#) vom 26. 4. 2017; BGer [6B 853/2016](#) vom 18. 10. 2017, E. 3.1.2.

Rechtsmittelverfahren weitgehend den Parteien zu – obwohl dies mit der Struktur der Berufung *nicht* zu vereinbaren ist.

ZStrR 136/2018 S. 1, 24

3. Schriftliches Verfahren nach [Art. 406 StPO](#)¹²¹

Einen Seitenblick müssen wir nun noch auf das schriftliche Berufungsverfahren werfen ([Art. 406 StPO](#)).¹²² Denn immerhin lässt uns der Bundesrat in einer Botschaft aus dem Jahre 2013 wissen: «Nach den Erfahrungen in den Kantonen ist die Beweisergänzung die Ausnahme, und die Berufungsverfahren werden *hauptsächlich schriftlich* geführt.»¹²³ Es sieht also so aus, dass diese Verfahrensart im Trend liegt – entgegen den Intentionen, die der Gesetzgeber ursprünglich hatte: Das schriftliche Verfahren sollte die Ausnahme sein, die Regel ein Verfahren von Angesicht zu Angesicht.¹²⁴ Davon zeugt die Abfolge der massgeblichen Vorschriften in der heutigen [StPO](#) (Art. 405 f.). Inzwischen aber sind in einzelnen Kantonen längst Prozeduren etabliert, die dieses Verhältnis auf den Kopf stellen. Zum Beispiel, wenn einem Berufungsführer das schriftliche Verfahren angekündigt und sein Stillschweigen dazu nach entsprechendem Hinweis nonchalant als Zustimmung zu dieser Verfahrensart gedeutet wird.¹²⁵ Dadurch wird dem Berufungsführer

ZStrR 136/2018 S. 1, 25

sein Schweigen einseitig als Erklärungsmittel aufgedrängt und die Notwendigkeit eines Widerspruchs aufgebürdet. Er muss eigens verlangen, dass sich ein Berufungsgericht an die gesetzliche Regel – mündliches Verfahren – hält, sonst kommt die Ausnahme zum Zuge. Wenn diese «Lösung» schweizweit Schule macht, wird das schriftliche Verfahren wohl noch einigen Auftrieb bekommen. Umso dringlicher muss daher auch für diese Verfahrensart geklärt werden: Wie steht es *dann* mit einer Begründungspflicht, einem Rügeprinzip bzw. einer Rügepflicht? Nun, das ist gar nicht so leicht zu beantworten. Denn das schriftliche Verfahren wartet rund um die Berufungsbegründung mit einigen Merkwürdigkeiten auf – verglichen mit der Konzeption, die wir im mündlichen Verfahren haben.

Hat das Berufungsgericht das schriftliche Verfahren angeordnet, sieht es grob skizziert so aus: Ein Berufungsführer muss dann, aufgefordert durch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts ([Art. 406 Abs. 3 StPO](#)), innert der ihm gesetzten Frist tatsächlich noch irgendeine Begründung seiner Berufung nachschieben. Sonst treten Säumnisfolgen ein ([Art. 407 Abs. 1 lit. b StPO](#)). Also schreibt er dem Berufungsgericht besser, aus welchen Gründen nun anders entschieden werden soll. Prekär ist nur: Wenn dem Berufungsgericht diese Begründung ungenügend erscheint, so steht ein Nichteintretensentscheid im Raum. Das Rechtsmittel wäre verloren. Diese drastische Rechtsfolge schlummert in einer allgemeinen Regel

¹²¹ Dieser Abschnitt ist für die Schriftfassung um die Ausführungen zum Regelungsgehalt von Art. 385 ergänzt worden, der in der Antrittsvorlesung aus zeitlichen Gründen nicht näher erläutert wurde.

¹²² Zwar ist eine beschuldigte Person bzw. ihre Verteidigung mit dieser Verfahrensart oft einverstanden – das zeigt die Kasuistik der Gerichte. Aber es deutet sich auch an, dass einer Verteidigung ein solches Einverständnis mitunter gleichsam «abgerungen» wird. Indem in einem ersten Schritt die Beweisanträge von der Verfahrensleitung abgelehnt werden. Und mit diesem Signal vorweg wird dann in einem zweiten Schritt um eine Zustimmung zum schriftlichen Verfahren angefragt; vgl. BGer [6B 1212/2015](#) vom 29. 11. 2016, E. 1.4.1.

¹²³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Erweiterung der Kognition bei Beschwerden in Strafsachen), BBl 2013 7109, 7120 (Hervorhebung von der Verfasserin). Statistische Daten zu dieser These werden nicht präsentiert. Rückfragen bei einzelnen Obergerichten haben ergeben, dass die Zählung der Berufungsverfahren von Kanton zu Kanton variiert, entsprechend auch die Zahl der schriftlichen Verfahren uneinheitlich generiert wird und der legitimierende Grund für die Wahl dieser Verfahrensart nicht eigens erfasst wird; vgl. auch oben Fn. 47.

¹²⁴ Vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1316; BGer [6B 939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.2.1; BGer [6B 622/2014](#) vom 20. 1. 2015, E. 4.1 (jeweils mit Hinweisen); *Eugster* (Fn. 10), Art. 406 N 1; *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 406 N 1; *Moreillon/Parein-Reymond* (Fn. 64), Vorbem. Art. 398–409 N 7; *Schmid* (Fn. 10), Art. 406 N 1. [Art. 406 StPO](#) regelt abschliessend, wann Ausnahmen zulässig sind ([BGE 139 IV 291 f.](#) mit Hinweisen). Die Berufung kann u. a. im schriftlichen Verfahren behandelt werden, wenn ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden sind ([Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO](#)). Gemäss [Art. 406 Abs. 2 StPO](#) kann die Verfahrensleitung das schriftliche Verfahren mit dem Einverständnis der Parteien zudem anordnen, wenn die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist (lit. a) oder Urteile eines Einzelgerichts Gegenstand der Berufung sind (lit. b). Für das Rückweisungsverfahren [TPF 2013, 108](#) (Anspruch auf öffentliche Verhandlung relativiert).

¹²⁵ Zulässigkeit dieses Vorgehens am Obergericht Aargau noch offengelassen in BGer [6B 939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.3.1. Unterdessen vom Bundesgericht nach öffentlicher Sitzung per Grundsatzurteil geschützt in BGer [6B 510/2016](#) vom 13. 7. 2017 (zur Publikation vorgesehen).

zu den Rechtsmitteln der [StPO \(Art. 385 StPO\)](#). Sie statuiert Anforderungen an die Rechtsmittelschrift, *sofern* die [StPO](#) eine Begründung des Rechtsmittels verlangt. Anzugeben sind dann der Umfang der Anfechtung, die Gründe, die einen anderen Entscheid nahelegen, und die Beweismittel, die angerufen werden (Art. 385 Abs. 1 lit. a–c [StPO](#)). Erfüllt die Begründung diese Vorgaben auch nach einer Nachbesserungsmöglichkeit nicht, so tritt die Rechtsmittelinstanz auf das Rechtsmittel nicht ein ([Art. 385 Abs. 2 StPO](#)).

Dass für das Berufungsverfahren diverse Besonderheiten im Vergleich zu den übrigen [StPO](#)-Rechtsmitteln gelten, die bereits schriftlich und begründet *einzureichen* sind, wird zwar durchweg gesehen.¹²⁶ Weil aber mitten im Berufungsverfahren nach der Wahl des schriftlichen Verfahrens¹²⁷ dem Berufungsführer eine «Frist zur schriftlichen Begründung» zu setzen ist ([Art. 406 Abs. 3 StPO](#)), wird klärungsbedürftig, ob dies die Anwendbarkeit von [Art. 385 Abs. 2 Satz 2 StPO](#) mit

ZStrR 136/2018 S. 1, 26

seiner Nichteintretensfolge begründen soll. Dies wird mitunter behauptet.¹²⁸ Einem Teil des Schrifttums ist diese gesetzliche Systematik hingegen übel aufgestossen.¹²⁹ Und zwar zu Recht. Denn überlegen wir einmal: Wie sähe denn das Pendant zu einem solchen Nichteintretensentscheid im mündlichen Verfahren aus, wenn der Berufungsführer vor Gericht plädiert? Ein Berufungsgericht würde ihm dann erklären: «Vielen Dank für Ihre Ausführungen, wir sind jetzt durch mit der Verhandlung. Aber wir finden ihr Plädoyer ausserordentlich schlecht. Darum haben wir entschieden, auf Ihre Berufung gar nicht einzutreten.» Natürlich gibt es diese Option im mündlichen Verfahren *nicht*.¹³⁰ Und deshalb kann sie auch im schriftlichen Verfahren nicht angemessen sein. Denn der Gesetzgeber hat – nicht umsonst – die Eintretensfrage bei der Berufung gesondert geregelt ([Art. 403 StPO](#)). Und in dem Prüfprogramm, das den Berufungsgerichten durch diese Regelung vorgegeben ist, spielt die Begründung der Berufung keine Rolle.¹³¹ Damit muss es sein Bewenden haben – einerlei, ob die Berufung mündlich oder schriftlich abgewickelt wird.¹³² Ansonsten hätte die Wahl der Verfahrensart auch ein enormes Missbrauchspotenzial. Das Eintreten oder Nichteintreten liesse sich im schriftlichen Verfahren über eine Justierung der Begründungsanforderungen faktisch nach Belieben steuern – nicht aber, wenn der Berufungsführer im mündlichen Verfahren persönlich angehört wird.

Ich muss zu diesen Überlegungen allerdings hinzusetzen: Soweit ich sehe, ist das Thema der Berufungsbegründung für das schriftliche Verfahren bisher kaum geklärt, die Rechtsunsicherheit also beträchtlich. Was aber klar ist: Ein *Rügeprinzip*, wonach nur noch geprüft wird, was von den Parteien (zufällig) beanstandet worden ist, kann es im schriftlichen Verfahren nicht geben; auch wenn dann eine Begründung der Berufung fällig wird. Denn die Struktur der Berufung – der Weg zum Urteilsspruch – kann sich nicht beliebig je nach der Wahl der Verfahrensart

ZStrR 136/2018 S. 1, 27

grundlegend ändern. Das Rechtsschutzniveau, das gewährleistet wird, muss im schriftlichen Verfahren demjenigen im mündlichen Verfahren wenigstens nahekommen. Denn es steht hier wie dort dasselbe auf dem Spiel: der materielle Entscheid über die Stichhaltigkeit einer Anklage, die – beim Vorwurf von

¹²⁶ Vgl. *Lieber* (Fn. 74), Art. 385 N 1; *Schmid* (Fn. 10), Art. 385 N 1; *M. Ziegler/S. Keller*, in: *Basler Kommentar StPO, Art. 196–457 StPO*, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 385 N 1c.

¹²⁷ Eine schriftliche Begründung ist ausserdem bei einem Dispens der Partei von der Hauptverhandlung möglich; vgl. [Art. 405 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 StPO](#). Auch dann wird im Schrifttum auf [Art. 385 StPO](#) insgesamt, also wohl auch mitsamt seinen Rechtsfolgen verwiesen; so etwa *Schmid* (Fn. 10), Art. 405 N 7. Gegen einen Nichteintretensentscheid bei «unzureichender Begründung» sind jedoch dieselben Einwände zu erheben, die hier für das schriftliche Verfahren vorgebracht werden.

¹²⁸ So z. B. von *Schmid* (Fn. 10), Art. 406 N 17; wohl auch *R. Calame*, in: *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, hrsg. von A. Kuhn/Y. Jeanneret, Basel 2010, Art. 385 N 2 («Selon le code de procédure pénale, le dépôt d'un mémoire motivé est en effet requis [...] en cas de traitement de l'appel et de l'appel joint en procédure écrite.»).

¹²⁹ *Eugster* (Fn. 10), Art. 406 N 9; *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 398 N 16; *Lieber* (Fn. 74), Art. 385 N 1.

¹³⁰ Vgl. zur analogen Fragestellung bei einem Dispens von der Verhandlung den Hinweis oben in Fn. 127.

¹³¹ Siehe Nachweise oben in Fn. 110.

¹³² Ebenso *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 406 N 12; für den nicht durch einen Anwalt vertretenen Beschuldigten und ausgenommen die Fälle völligen Untätigbleibens auf eine Aufforderung zur Verbesserung der Berufungsbegründung auch *Eugster* (Fn. 10), Art. 406 N 9. *Hug/Scheidegger* (Fn. 25), Art. 398 N 16 (Hervorhebung dort): «Von einer eigentlichen Begründungspflicht ist u. E. in den Bestimmungen über die Berufung nicht die Rede (selbst wenn in Art. 406 Abs. 3 im schriftlichen Verfahren die «Begründung» erwähnt ist), sodass die allgemeinen Bestimmungen gemäss Art. 385 Abs. 1 und 2 weder für das mündliche noch das schriftliche Berufungsverfahren herangezogen werden können.»



Verbrechen und/oder Vergehen – relativ schwerwiegende Delikte betrifft. Deswegen muss es *natürlich* auch im schriftlichen Verfahren die Aufgabe des Berufungsgerichts bleiben, eigenständig und eigenverantwortlich zu einem möglichst richtigen Entscheid in der Sache zu kommen.

V. Schlussbetrachtung

Mit diesen Ausführungen steht uns der Gang der Berufung bei Verbrechen und Vergehen hin zu einem Sachurteil des Berufungsgerichts vor Augen – und ich möchte davon ausgehend nun eine Schlussbilanz ziehen.

Diese Schlussbilanz – sie fällt durchwachsen aus. Denn der Gesetzgeber hat das Herzstück der heutigen Berufung – die bei Verbrechen und Vergehen – in unseliger Weise mit Elementen vermischt, die eher zu einer blossen Nichtigkeitsbeschwerde als zu einer Berufung passen. Das *Wesen der Berufung* wird dadurch in bedenklicher Weise verdunkelt. Fehlassoziationen weckt vor allem die Regelung zur Prüfungszuständigkeit des Berufungsgerichts. Sie deutet ein Rechtsmittel an, das auf eine Fehlerkorrektur reduziert ist, die durch Rügen des Berufungsführers in Gang gebracht werden muss. Das wahre *Wesen* der Berufung kommt erst im Gesamtsystem der Vorschriften ans Licht. Denn tatsächlich hat der Gesetzgeber den Parteien ein bürgernahes und schlagkräftiges Schutzmittel an die Hand gegeben. Allein schon mit der Anmeldung und Erklärung der Berufung kann der Berufungsführer den gesamten Rechts- und Tatsachenstoff zur erneuten Prüfung stellen. Ein Berufungsgericht muss die Sache – im Rahmen der Anfechtung – dann von sich aus eigenständig abklären. Und nach *eigener Überzeugung* ein neues Sachurteil ausfällen. Für dessen Richtigkeit trägt das Berufungsgericht die volle eigene Verantwortung; nicht die Erstinstanz und auch nicht die Parteien. Denn eine Verantwortungsteilung mit der Erstinstanz – wie bei der beschränkten Berufung – oder eine Verantwortungsdelegation an die Parteien in der Form eines Rügeprinzips: All dies ist gesetzlich *nicht* vorgesehen.

Sodann muss sich ein Berufungsgericht beim Aktenstudium, bei der Beweiswürdigung und bei der Strafzumessung *mindestens* so viel Mühe geben wie ein erstinstanzliches Gericht. Weil die zweite Instanz im Prinzip auch die letzte ist, in der ein Lebenssachverhalt festgestellt und eine angemessene Sanktion festgesetzt werden kann. Daher muss sich ein Berufungsgericht möglichst frei machen von Vorurteilen, die durch die Kenntnisnahme der erstinstanzlichen Erwägungen unweigerlich provoziert werden. Es soll eine *unabhängige second opinion* gewährleis-

ZStrR 136/2018 S. 1, 28

ten. Ansonsten verliert die Berufung ihren Wert. Wo es auf den persönlichen Eindruck von einem Beweismittel ankommt, muss eine neuerliche Beweiserhebung in zweiter Instanz die Regel, nicht die Ausnahme sein.¹³³ Und eine Strafzumessung ohne jede persönliche Begegnung mit der beschuldigten Person – sie ist schon im Strafbefehlsverfahren ein abenteuerlicher Zustand; für ein Berufungsgericht kann ein solches Vorgehen nur im absoluten Ausnahmefall angemessen sein.¹³⁴

Die praktische Handhabung der Berufung – sie sieht in manchen Kantonen allerdings anders aus. Prozessmaximen des Strafverfahrens werden an die Wand gedrängt und aus der Berufung wird eine Neuauflage der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gemacht: limitiert auf die jeweiligen Rügen eines Berufungsführers, mit hohen Hürden für eine Abänderung des Ersturteils, möglichst im schriftlichen Verfahren, ohne nochmalige Beweiserhebungen,¹³⁵ ohne persönliche Anhörung der beschuldigten Person.¹³⁶ Dies ist *vielleicht* mit einem Missverständnis der Regelung zur Prüfungszuständigkeit zu erklären. Ich nehme aber an, dass auch die Idee der Prozessökonomie eine Rolle spielt. Nur: Diese Idee zieht bei der Berufung nicht. Sie ist bei der Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems bereits mitberücksichtigt – und hat zu verschiedenen Typen der Berufung geführt.¹³⁷ Und wir müssen ausserdem bedenken: Rechtsmittel verlieren stets in dem Masse an Bedeutung, in dem Konflikte auf vorgelagerten Ebenen ohne Beteiligung der Gerichte

¹³³ Vgl. BGer [6B_939/2014](#) vom 11. 6. 2015, E. 1.2.2 und 1.3.2; [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B_803/2015](#) vom 26. 4. 2017.

¹³⁴ Vgl. auch *Eugster* (Fn. 10), Art. 405 N 2 (für die Beurteilung der Sanktion ist i. d. R. eine Befragung unumgänglich).

¹³⁵ Vgl. BGer [6B_939/2014](#) vom 11. 6. 2015 zur Umwandlung eines erstinstanzlichen Freispruchs in einen Schuldspruch (mehrfache sexuelle Handlungen mit einem Kind) im rein schriftlichen Verfahren in einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation durch das Obergericht Aargau und einer unberechtigten Verweigerung einer beantragten Verschiebung der mündlichen Verhandlung.

¹³⁶ Oder selbst im mündlichen Verfahren ohne jegliche Befragung der beschuldigten Person von Amts wegen; vgl. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids durch [BGE 143 IV 290 ff.](#) sowie die nicht publizierte E. 1.5 in BGer [6B_803/2015](#) vom 26. 4. 2017.

¹³⁷ Vgl. insbesondere die Beschränkung bei Übertretungen nach [Art. 398 Abs. 4 StPO](#).



gelöst werden.¹³⁸ Und dieser Weg – die aussergerichtliche «Lösung» des Konfliktfalls – ist hierzulande breit ausgebaut. Rund 95% der Strafverfahren werden eh schon durch die Staatsanwaltschaft selbst erledigt.¹³⁹ Nur noch etwa 5 % der Fälle kommen überhaupt vor ein Strafgericht¹⁴⁰ – und nur ein Bruchteil davon erreicht jemals die zweite

ZStrR 136/2018 S. 1, 29

Instanz, die Berufungsgerichte. Der «Input» in die Hauptverhandlung und damit in das Rechtsmittelsystem ist also minim; das Potenzial zur Einsparung justizieller Ressourcen bereits bis zur Oberkante ausgereizt. Eine öffentliche Gerichtsverhandlung, eine persönliche Anhörung der beschuldigten Person, eine richterliche Beweiswürdigung, eine Strafzumessung nach dem individuellen Verschulden – all das findet im Strafverfahren ohnehin nur noch ausnahmsweise statt. Umso verheerender ist es, wenn einige Berufungsgerichte dieser «Demontage»¹⁴¹ der Justiz noch eine Selbstdemontage hinzufügen. Sie bauen eine umfassende Verhandlungs- und Entscheidungsbefugnis, ja eine weitreichende Entscheidungsmacht, die ihnen an sich gegeben ist, eigenhändig ab. Das ist für das Rechtsmittelsystem im Strafverfahren und für die Rolle der Strafgerichte *darin* ein prekärer Zustand. Er sollte nicht nur der Wissenschaft eine Diskussion wert sein, sondern auch den Berufungsgerichten selbst zu denken geben. Sie sind in der grossen Zeremonie des Strafverfahrens nämlich ohnehin nur noch in einer kleinen Nebenrolle zu sehen. Diesen Auftritt sollten sie zelebrieren, alles daran setzen, die Kompetenzen auszuschöpfen, die ihnen belassen worden sind, und sich vor jedem unnötigen Rückzug aus der Strafrechtspflege hüten. Das ist die Grundhaltung, die für ein Berufungsgericht auf dem Weg zu *seinem* Sachurteil nach meinem Dafürhalten angemessen ist.

¹³⁸ Vgl. *Becker/Kinzig* (Fn. 26), 614, 635.

¹³⁹ *K. Seelmann/C. Geth*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Basel 2016, 13.

¹⁴⁰ Vgl. *Seelmann/Geth* (Fn. 139), 13. Von gar 98% Erledigungen durch die Staatsanwaltschaft geht, hochgerechnet von den Zahlen im Kanton St. Gallen, *N. Oberholzer*, Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfung des Strafrechts, in: *Strafen ohne Augenmass – Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Einzelfallwürdigung, Opferschutz und Nulltoleranz*, hrsg. von F. Riklin, Bern 2016, 25, 27, aus.

¹⁴¹ Angelehnt an *P. Albrecht*, *Strafrecht ohne Recht*, [ZStrR 2013, 385](#), 397.