

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen*

Art. 78

Grundsatz	¹ Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden gegen Entscheide in Strafsachen. ² Der Beschwerde in Strafsachen unterliegen auch Entscheide über: a. Zivilansprüche, wenn diese zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind; b. den Vollzug von Strafen und Massnahmen.
Principe	¹ Le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions rendues en matière pénale. ² Sont également sujettes au recours en matière pénale: a. les décisions sur les prétentions civiles qui doivent être jugées en même temps que la cause pénale; b. les décisions sur l'exécution de peines et de mesures.
Principio	¹ Il Tribunale federale giudica i ricorsi contro le decisioni pronunciate in materia penale. ² Al ricorso in materia penale soggiacciono anche le decisioni concernenti: a. le pretese civili trattate unitamente alla causa penale; b. l'esecuzione di pene e misure.

Inhaltsübersicht	Note
I. Entscheide in Strafsachen (Art. 78 Abs. 1)	1
1. Definition der «Strafsachen»	1
2. Strafurteile	6
3. Strafprozessuale Vor- und Zwischenentscheide	7
4. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 98)?	8
5. Verwaltungsstrafrechtliche Entscheide	12
6. Keine Strafsache gemäss Rechtsprechung	13
7. Keine Strafsache gemäss gesetzgeberischer Entscheidung	14
II. Entscheide über Zivilansprüche (Art. 78 Abs. 2 lit. a)	22
1. Definition	23
2. Vorstellungen des Gesetzgebers	24
3. Kritik	26
4. Lösungsvorschlag	30
5. Fazit	37
III. Entscheide zu Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 78 Abs. 2 lit. b)	38

* Ich danke meinen ehemaligen Gerichtsschreiberkolleginnen und -Kollegen lic.iur. Ladina Arquint, lic.iur. Stephan Haag und Dr. iur. Nils Stohner ganz herzlich für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und die zahlreichen Hinweise.

Art. 78

3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

Materialien

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuches, der Bundesstrafrechtspflege und des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes (Massnahmen zur Verbesserung der Effizienz und der Rechtsstaatlichkeit in der Strafverfolgung), vom 28.1.1998 (sog. «Effizienzvorlage»), BBl 1998 1529 ff. (zit. Botschaft «Effizienzvorlage»); Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBl 1999 1979 ff. (zit. Botschaft StGB AT); Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202 ff. (zit. Botschaft 2001); Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBl 2002 2034 (zit. Botschaft Kartellgesetz); Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006, 1085 ff. (zit. Botschaft StPO); Botschaft 2006 BBl 2006 3067 ff.; Botschaft zur formellen Bereinigung des Bundesrechts vom 22.8.2007, BBl 2007 6121 ff. (zit. Botschaft formelle Bereinigung); Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10.9.2008, BBl 2008 8125 ff. (zit. Botschaft StBOG).

Bericht BJ an RK-N 2004;¹ Bundesamt für Justiz/Rechtskommission des Nationalrats, Totalrevision der Bundesrechtspflege, Bericht zu den Normvorschlägen der Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz vom 16.3.2004 (zit. Bericht Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz);² Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009.³

Literatur

O. ABO YOUSSEF, Die Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen – Zugleich Bemerkungen zu BGE 136 IV 29, BGE 136 IV 41 und BGer, Urteil v. 15.4.2010, 6B_127/2010, *forumpenale* 2010/5, 313 ff. (zit. Abo Youssef, *forumpenale* 2010); H. AEMISEGGER, Der Beschwerdegegung in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: B. Ehrenzeller/R.J. Schweizer (Hrsg.), *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege*, St. Gallen 2006 (zit. Ehrenzeller/Schweizer-Aemisegger); F. BÄNZIGER, Der Beschwerdegegung in Strafsachen, in: B. Ehrenzeller/R.J. Schweizer (Hrsg.), *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege*, St. Gallen 2006 (zit. Ehrenzeller/Schweizer-Bänziger); F. BOMMER, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, Bern 2006 (zit. Bommer, *Verletztenrechte*); DERS., *Ausgewählte Fragen der Strafrechtspflege nach Bundesgerichtsgesetz*, in: P. Tschannen (Hrsg.), *Neue Bundesrechtspflege. Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz. Berner Tage für die juristische Praxis BTJP 2006*, Bern 2007 (zit. Tschannen-Bommer); B. CORBOZ, *Le pourvoi en nullité*, in: *Fédération Suisse des Avocats* (Hrsg.), *Les recours au Tribunal fédéral*, Bern 1997 (zit. Corboz, *les recours*); A. DONATSCH/A. CAVALLO, *Entwicklungen im Strafprozessrecht*, SJZ 106/2010, 402–405 (zit. Donatsch/Cavallo, SJZ 2010); M. FORSTER, *Kettentheorie der Strafprozessualen Beweiswürdigung*, ZStrR 115/1997 (zit. Forster, ZStrR 1997); R. GARRÉ, *I principi del diritto processuale penale (art. 3–11 CPP) – Codificare nel segno della continuità*, in: *45 Atti della giornata di studio del 23 ottobre 2009 – CFPG* (Hrsg.), *Il Codice di diritto processuale penale svizzero*, a cura di Mario Postizzi e Mattia Annovazzi, Lugano/Basilea 2010, 31 ff. (zit. Garré, *i principi*); T. GÖKSU, *Die Beschwerden an das Bundesgericht*, Zürich 2007 (zit. Göksu, *Beschwerden*); P. GOLDSCHMID, *das Zwangsmassnahmengericht, Funktion – Stellung – Verfahrensfragen*, *forumpenale* 1/2011, S. 37 ff.; P. GUIDON/W. WÜTHRICH, *Zur Praxis bei Beschwerden gegen das Bundesstrafgericht*, plädoyer Nr. 4/2005 (zit. Guidon/Wüthrich, *plädoyer* 2005); T. HÄBERLI, *Das Opferhilferecht unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesgerichts* ZBJV 138/2002, S. 361–399; Y. JEANNERET/R. ROTH, *Le recours en matière pénale*, in: B. Foëx/M. Hottelier/N. Jeandin (Hrsg.), *Les recours au Tribunal fédéral*, Zürich 2007, 109 ff. (zit. Foëx/Hottelier/Jeandin-Jeanneret/Roth); Y. JEANNERET, *La partie plaignante et l'action civile*, ZStrR 3/2010, S. 297 ff. (zit. Jeanneret, ZStrR 2010); G. KOLLY, *Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral*, Berne 2004 (zit. Kolly, *pourvoi en nullité*); V. LIEBER, *Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung*, ZStrR 2/2008, S. 174 ff. (zit. Lieber,

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

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

³ Publiziert: www.bger.ch/gb2009_bger_d.pdf

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

1 Art. 78

ZStrR 2008); L. MEYER, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010, S. 798 ff. (zit. Meyer, ZBJV 2010); L. MOREILLON, Le recours en matière pénale, in: U. Portmann (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne 2007 (zit. Portmann- Moreillon); G. NAY, Das neue Bundesgerichtsgesetz im Kontext der Justizreform, in: St. Breitenmoser/B. Ehrenzeller/M. Sassòli/W. Stoffel/B. Wagner Pfeifer (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – Liber amicorum Luzius Wildhaber, 1469 ff. (zit. FS Wildhaber-Nay); DERS., Recht haben und Recht bekommen vor Bundesgericht, in: M. A. Niggli/J.H. Pozo/N. Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007 (zit. FS Riklin-Nay); N. OBERHOLZER, Das Rechtsmittelsystem der Schweizerischen Strafprozessordnung – Beschwerde, Berufung, Revision, AJP 2011 S. 39–48; N. RUCKSTUHL, Die Beschwerde in Strafsachen macht leichter, plädoyer 4/2007, S. 28 ff. (zit. Ruckstuhl, plädoyer 2007); P. SUTTER, Rechtsschutzlücke gegen Urteile des Bundesstrafgerichts über Zivilansprüche (Adhäsionsklagen), AJP 2007, 214 ff. (zit. Sutter, AJP 2007); N. TAMM, Besonderer Schutz und besondere Rechte im Strafverfahren, Kommentierung zu Art. 37 OHG, in: P. Gomm/D. Zehntner (Hrsg.), Kommentar zum Opferhilfegesetz, 3. Aufl. Bern 2009 (zit. Gomm/Zehntner-Tamm); M. THOMMEN, Kosten und Entschädigungen in strafrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, forumpoenale 2009/1, 51 ff. (zit. Thommen, forumpoenale 2009); DERS., Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht, in: Marcel A. Niggli/Marianne Heer/Stefan Heimgartner/Marc Thommen (Hrsg.), Toujours agité – jamais abattu, Basel 2011 (im Druck) (zit. Thommen, in: Toujours agité – jamais abattu). M. THOMMEN/H. WIPRÄCHTIGER, Die Beschwerde in Strafsachen, AJP 2006, 651 ff. (zit. Thommen/Wiprächtiger, AJP 2006); H. WIPRÄCHTIGER, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, in: Th. Geiser/P. Münch (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel 1998 (zit. Geiser/Münch²-Wiprächtiger); D. ZEHNTNER/N. TAMM, Unerwünschte Auswirkungen des Strafprozesses auf Zivilansprüche, Urteil des Bundesgerichts 6B_780/2009 vom 21. Januar 2010, HAVE 4/2010, S. 360 f.; M. Ziegler, Zur Rechtsnatur der künftigen Einheitsbeschwerden – Lückenhaftes Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), SJZ 102/2006, 56 f. (zit. Ziegler, SJZ 2006).

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

1. Definition der «Strafsachen»

Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden gegen Entscheide in Strafsachen.⁴ Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts bezeichnet die Beschwerde in Strafsachen als ausserordentliches und grundsätzlich kassatorisches Rechtsmittel.⁵ Art. 78 definiert die zulässigen Anfechtungsobjekte der Strafrechtsbeschwerde nach inhaltlichen Kriterien (zu den formellen vgl. Art. 90–94). Dies wirft die Frage auf, welche Entscheide als Strafsachen im Sinne von Art. 78 Abs. 1 gelten.⁶ Ausschlaggebend ist zunächst das zugrunde liegende Recht. Als Strafsachen gelten Entscheide, die sich auf materielles Bundeskern- (StGB) und Nebenstrafrecht (SVG, BtMG, WG etc.) sowie nunmehr eidgenössisches Strafprozessrecht (StPO) stützen.⁷ Auch Entscheide in Anwendung völkerrechtlicher Regeln zum Strafprozess (z.B. Art. 5 und 6 EMRK) haben als Strafsachen zu gelten.⁸ Ebenso als Strafsachen angefochten werden können Entscheide, denen kantonales Straf- und Strafprozessrecht zugrunde liegt.⁹ Soweit es um die Anwendung

⁴ BGer, I. ÖRA, 20.2.2007, 1B_6/2007, E. 1.2.

⁵ BGE 133 IV 293, nicht publ. E. 7.2 (BGer, StA, 24.8.2007, 6B_146/2007); ähnlich ZIEGLER, SJZ 2006, 56 f.; s.a. BGer, StA, 6B_440/2008/6B_441/2008/6B_454/2008, E. 3.3, dazu Art. 103 N 23 a; vgl. noch SCHMID-Handbuch, N 1628 («tendenziell eher ordentliches»).

⁶ Nach DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2449, ist nicht die Anwendung «allgemeiner strafrechtlicher Prinzipien» massgebend, sondern «l'inscription de la décision attaquée dans la filière pénale».

⁷ Früher auch strafrechtliche Entscheide gestützt auf das Opferhilfegesetz (OHG) und das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (BStP), dazu DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2458.

⁸ Weitere Beispiele bei DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2451.

⁹ BGE 133 I 270, E. 1.1; 134 IV 37 E. 1.1; zu Entscheiden gestützt auf kant. Strafrecht vgl. Commentaire LTF-FERRARI, Art. 78 N 7.

Art. 78 2, 3 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

kantonales Strafrechts geht, verbleibt auch künftig ein Restbereich kantonalen Strafprozessrechts. Dies gilt selbst dann, wenn die Kantone die Regeln der schweizerischen Strafprozessordnung für das kantonale Strafrecht für anwendbar erklären.¹⁰ Der Umstand, dass die Verletzung kantonalen Rechts keiner bundesgerichtlichen Überprüfung unterliegt, ändert nichts an der strafrechtlichen Natur (i.S.v. Art. 78 Abs. 1) von Entscheiden, die sich auf kantonales Strafrecht stützen.¹¹ Noch offen ist, ob strafrechtliche Entscheide in Anwendung des Strafbehördenorganisationsgesetzes (StBOG) oder der kantonalen Gerichtsorganisationsbestimmungen als Strafsachen oder öffentlich-rechtliche Angelegenheiten gelten.¹²

Mit dem Hinweis auf die Rechtsgrundlage ist die Strafsache aber noch nicht definiert, sondern lediglich die weitere Frage nach dem Umfang des materiellen Bundes- oder kantonalen Strafrechts aufgeworfen. Es geht also mit anderen Worten um eine prozessrechtliche Umschreibung des Strafrechts: Diese Frage kann ihrerseits nach inhaltlichen Kriterien (N 2) oder in Form einer Enumerierung (N 3 ff.) beantwortet werden.

- 2 Als inhaltliches Kriterium wurde – noch vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes – vorgeschlagen, bei der Begriffs Umschreibung auf die von der Strassburger Rechtsprechung zu **Art. 6 EMRK entwickelte Definition der Strafsache** abzustellen.¹³ Bei dieser Definition wird nicht auf die Bezeichnung, sondern auf den Inhalt des gefällten Entscheids und dessen Auswirkungen für den Betroffenen abgestellt.¹⁴ Für diese Lösung spricht die Ratio legis. Ein erklärtes Ziel der Gesetzesrevision war die Vereinfachung des Rechtsmittelwegs. Die Einheitsbeschwerde kann ihre vereinheitlichende Funktion nur übernehmen bei Zugrundelegung eines weiten materiellen Begriffs der Strafsache. Dagegen spricht, dass es sich bei der «strafrechtlichen Anklage» um einen autonomen Begriff des Konventionsrechts handelt, welcher mit Blick auf die Durchsetzung der Verfahrensgarantien entwickelt wurde.¹⁵ Weiter hinten wird überdies aufgezeigt, dass es Bereiche gibt, die von der Beschwerde in Strafsachen ausgenommen sind, obwohl sie unter den konventionsrechtlichen Begriff der «strafrechtlichen Anklage» fallen.¹⁶
- 3 In den Worten des **Bundesgerichts** gelten als Strafsachen nach Art. 78 Abs. 1: «*toute décision relative à la poursuite ou au jugement d'une infraction*».¹⁷ Nach einer weiteren Standardformulierung umfasst «*der Begriff <Entscheide in Strafsachen> sämtliche Entscheidungen, denen materielles Strafrecht oder Strafprozessrecht zu Grunde liegt*».¹⁸ Diese weiten Definitionen bedürfen der Konkretisierung. In der Folge soll deshalb anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 78 Abs. 1 der Versuch unternommen werden, Gruppen von beschwerdefähigen Strafsachen zu bilden (2. Strafurteile; 3. Strafprozessuale Vor- und Zwischenentscheide; 4. Verwaltungsstrafrechtliche Entscheide). In einem weiteren Schritt werden Fallgruppen aufgelistet, welche aufgrund von bundesgerichtlichen Leitentscheiden (5.) oder aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung (6.) (nicht) als Strafsachen gelten.

¹⁰ Vgl. etwa § 2 GOG/ZH.

¹¹ So zu Recht DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2461.

¹² Befürwortend DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2457.

¹³ THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 652; EGMR-Urteil i.S. Engel et al. v. die Niederlande (Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) vom 8.6.1976, §§ 80 ff.

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

¹⁵ TSCHANNEN-BOMMER, 155 f.; ebenfalls kritisch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2449 ff.

¹⁶ Vgl. dazu die Kommentierung zu den Ausnahmen hinten N 6 ff.

¹⁷ BGE 133 IV 335, E. 2.

¹⁸ BGer, I. ÖRA, 20.2.2007, 1B_6/2007, E. 1.2.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

4-6 Art. 78

Die nachfolgend dargestellte Kasuistik zur Einstufung von Rechtsmitteln als Beschwerden in «Strafsachen», «Zivilsachen» oder «öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten» sollte nicht den Blick dafür verstellen, dass die Abgrenzung in erster Linie für die bundesgerichtsinterne Beschwerdebehandlung relevant ist.¹⁹ Bei im Übrigen gegebenen Eintretensvoraussetzungen schadet eine **falsche Bezeichnung** der Beschwerde dem Beschwerdeführer nicht.²⁰ Das Bundesgericht prüft die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen.²¹

Diese Prüfung von Amtes wegen darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Bundesgericht auch in Bezug auf die Sachurteilsvoraussetzungen von einer **Mitwirkungspflicht** ausgeht: «Der Beschwerdeführer hat darzulegen, dass die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen gegeben sind. Soweit diese nicht ohne Weiteres ersichtlich sind, ist es nicht Aufgabe des Bundesgerichts anhand der Akten oder weiterer noch beizuziehender Unterlagen nachzuforschen, ob und inwiefern der als Beschwerdeführer auftretende Private zur Beschwerde zuzulassen ist.»²² Diese Mitwirkungspflicht geht klar über den Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 hinaus. Danach sind nur die «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» und der «besonders bedeutende Fall» nach Art. 84 zu begründen. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen müssten nach Art. 29 Abs. 1 von Amtes geprüft werden. Gleichwohl ist der beschwerdeführende Praktiker gut beraten, bei der Eintretensfrage zu allen relevanten Beschwerdebedingungen Ausführungen zu machen. Das gilt für das Anfechtungsobjekt (Art. 90 ff.), den Beschwerdeausschluss (z.B. Art. 73 und 83), die Streitwertgrenzen (Art. 74 und 85) und vor allem die Legitimation (Art. 76, 81, 89; etc.).

2. Strafurteile

Als Strafsachen gelten alle eigentlichen **Strafurteile**. Unabhängig von der Bezeichnung (Urteil, Beschluss, Verfügung) sind damit alle Entscheide über den Ausgang des Strafprozesses gemeint, also **Freisprüche, Schuldsprüche, Einstellungen** etc.,²³ gegen die Verletzungen von Straftatbeständen des StGB oder anderer Strafbestimmungen, der Strafzumessung oder der ausgesprochenen Sanktionen und Massnahmen etc. geltend gemacht werden.²⁴ Nebst diesen unumstrittenen Fällen hat das Bundesgericht folgende Entscheide als Strafsachen im Sinne von Art. 78 Abs. 1 eingestuft:

- In BGer, StA, 13.11.2007, 6B_300/2007, ging es um die **Staatshaftungsansprüche** eines zu Unrecht wegen Mordverdachts Inhaftierten. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Einstellungsverfügung grundsätzlich der Beschwerde in Strafsachen unterliegt. Die **Parteikosten** – im Wesentlichen die Kosten für die private und/oder amtliche Vertretung – sind untrennbar mit dem Strafverfahren verbunden und werden wie die **Verfahrenskosten** vom Strafrichter beurteilt. Rügen gegen deren Festsetzung sind dementsprechend mit Beschwerde in Strafsachen zu erheben (E. 1.1; bestätigt in: BGE 135 IV 43, E. 1.1.1).

¹⁹ Vgl. Art. 29 ff. des Reglements vom 20.11.2006 für das Bundesgericht (BGerR; SR 173.110.131, Stand am 1.1.2009).

²⁰ BGE 134 III 379, E. 1.2; BGer, StA, 13.11.2007, 6B_300/2007, E. 1.2; I. ÖRA, 19.3.2010, 1 B_370/2009, E. 1.1; s.a. MEYER, ZBJV 2010, 805.

²¹ Art. 29 Abs. 1; BGE 135 II 94, E. 1.

²² BGE 133 II 249, E. 1.1.

²³ Vgl. noch unter altem Recht BGE 128 IV 34 (kant. Entscheid betr. förmliche Ermahnung nach Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 aStGB).

²⁴ Es kann hier auf die bisherige Praxis verwiesen werden, Nachweise bei KOLLY, *pourvoi en nullité*, 1 ff.; GEISER/MÜNCH²-WIPRÄCHTIGER, Rz. 6.11 ff.; CORBOZ, *les recours*, 63 ff.; FERBER, *Nichtigkeitsbeschwerde*, 22 f.; SCHWERI, *Nichtigkeitsbeschwerde*, 47 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, *Strafprozessrecht*⁶, § 105 N 5 ff.

Art. 78 7

3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

- Dies gilt nicht für **Schadenersatz-** und **Genugtuungsforderungen** wegen zu Unrecht erlittener Haft. Diese sind mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vorzubringen (BGer, StA, 13.11.2007, 6B_300/2007, E. 1.2). Die neuere Rechtsprechung tendiert indessen dahin, Entschädigungen für zu Unrecht erlittene Haft bereits im strafrechtlichen Haftbeschwerdeverfahren zu beurteilen und nach Art. 41 EMRK allenfalls sogar eine «satisfaction equitable» zuzusprechen.²⁵
- Der Entscheid über die Freigabe und **Verrechnung einer Kaution** mit den Verfahrenskosten gilt als Strafsache (BGE 135 I 65, E. 1.1).
- Die Anfechtung einer in einem Endentscheid nicht an die Strafe **angerechneten Untersuchungshaft** ist mit Beschwerde in Strafsachen vorzubringen (BGE 133 IV 150, E. 1.1.).
- Als Strafsachen gelten, wie erwähnt, auch nebenstrafrechtliche Erkenntnisse. So der Freispruch vom Vorwurf des fahrlässigen Wildernlassens eines Hundes im Sinne von Art. 18 Abs. 1 lit. d und Art. 18 Abs. 3 des **Bundesgesetzes über die Jagd** und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSG). Dieser kann von der Staatsanwaltschaft mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden (BGE 134 IV 36, E. 1.1).
- Der Entscheid über die Verwendung des Erlöses aus der **Verwertung eines eingezogenen Gegenstands** zu Gunsten des Geschädigten (Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB) ist ein Entscheid in Strafsachen im Sinne von Art. 78 Abs. 1 (BGer, I StA, 6B_53/2009 vom 24. August 2009 E. 1.2.).
- Gegen die Freigabe einer strafprozessualen **Beschlagnahme** beziehungsweise Kontosperrung im Strafurteil kann die geschädigte Bank Beschwerde in Strafsachen erheben (BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/2007, E. 1.1).
- Nach BGE 133 IV 278, E. 1.1, ist die vor der Einleitung einer Voruntersuchung angeordnete **Einziehung von Vermögenswerten** ein Endentscheid, der materielles Strafrecht betrifft.

3. Strafprozessuale Vor- und Zwischenentscheide

- 7 Die **strafprozessualen Vor- und Zwischenentscheide**,²⁶ welche früher mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten waren, unterliegen heute der Beschwerde in Strafsachen. Dazu zählen – zumindest nach der Vorstellung des Bundesrats – insbesondere die **Haftbeschwerden**²⁷, wohl aber auch andere strafprozessuale Zwangsmassnahmen (Telefonüberwachungen,²⁸ Beschlagnahmen etc.²⁹). In seinem ersten Haftentscheid unter dem Regime des BGG hat das Bundesgericht Haftrichterentscheide noch als Zwischenentscheide eingestuft,³⁰ liess die Frage in der Folge allerdings wieder offen.³¹ Zur

²⁵ BGE 136 I 274; dazu Art. 81 N 3a/b. Zur Vermeidung einer Verengung des Rechtsschutzes vor BGer im Verhältnis zu den Rügemöglichkeiten vor dem EGMR, vgl. AEMISEGGER, Jusletter 2009, Ziff. 2.3.4 und Ziff. 5.

²⁶ Im Detail Kommentierung zu Art. 93; s.a. SCHMID, ZStrR 2006, 175; TSCHANNEN-BOMMER, 163 ff.

²⁷ Botschaft 2001 4334.

²⁸ BGer, I. ÖRA, 2.9.2009, 1B_194/2008, E. 1.1. zum ehemaligen Art. 10 des Bundesgesetzes betr. die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1) vom 6.10.2000; heute ist diese Überwachung geregelt in: Art. 269 ff. StPO.

²⁹ Zahlreiche weitere Beispiele bei SCHMID, Handbuch, 1651 ff. und ZStrR 2006, 175.

³⁰ BGer, I. ÖRA, 13.2.2007, 1B_3/2007, E. 2.

³¹ BGE 133 I 270, E. 1.1; BGer, I. ÖRA, 26.2.2007, 1B_12/2007; I. ÖRA, 28.2.2007, 1B_8/2007.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

7 Art. 78

Verhinderung unzulässiger Vorbefassungen werden diese strafprozessualen Zwischenentscheide bundesgerichtsintern von der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung behandelt, sind aber gleichwohl als «Beschwerden in Strafsachen» zu verfassen.³²

Bei den Zwischenentscheiden ist in der Regel weniger die Qualifikation als Strafsache umstritten als vielmehr, ob ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a vorliegt.³³ Im Einzelnen hat das Bundesgericht folgende Vor- und Zwischenentscheide als Strafsachen im Sinne von Art. 78 Abs. 1 behandelt:

- Die Ablehnung eines **Haftentlassungsgesuchs** (BGE 133 I 270, E. 1.1).
- **Haftentlassungsentscheide** des Präsidenten der **Strafkammer** des Bundesstrafgerichts gelten nunmehr auch als anfechtbare Strafsachen (BGE 134 IV 237, E. 1; vgl. noch BGer, I. ÖRA, 31.1.2008, 1B_23/2008, E. 2).
- ein Zwischenentscheid der Genfer Anklagekammer betreffend die Verweigerung der **aufschiebenden Wirkung** für einen Rekurs wurde als strafrechtsbeschwerdefähig anerkannt unter der (vorliegend verneinten) Voraussetzung, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur vorliege (Art. 78 ff., Art. 93 Abs. 1 lit. a; BGE 133 IV 139, E. 4).
- In BGE 134 IV 43, E. 2, ging es um eine **Sistierung des Verfahrens**. Die Beschwerde in Strafsachen wurde mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 93 Abs. 1 lit. a) nicht zugelassen.
- Der Zwischenentscheid, mit dem einer Person die **Privatklägerstellung** in einem Strafverfahren nicht abgesprochen wurde, ist ein Entscheid in Strafsachen, welcher vom Beschuldigten aber mangels nicht wieder gutzumachenden Nachteile nicht angefochten werden kann (BGer, I. ÖRA, 10.3.2008, 1B_59/2008, E. 4).
- Gegen einen Zwischenentscheid über die (internationale) **Zuständigkeit** in Strafsachen ist eine Beschwerde in Strafsachen zu erheben. Weil die Zuständigkeit vorliegend nicht endgültig geregelt wurde, fiel der Entscheid nicht unter Art. 92 (BGE 133 IV 288, E. 2).
- Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hatte die **Beschlagnahme** eines Spielautomaten geschützt. Hierbei handelt es sich um einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid über eine Zwangsmassnahme, gegen den die Beschwerde in Strafsachen gegeben ist (BGer, I. ÖRA, 1.9.2009, 1B_63/2009, E. 1.1).
- Die Anordnung respektive Aufrechterhaltung einer **Kontensperre** (Beschlagnahme) in einem laufenden Strafverfahren stellt einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid über eine Zwangsmassnahme, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirken kann (BGer, I. ÖRA, 2.3.2010, 1B_359/2009, E. 1.1).
- In BGE 133 IV 335, E. 2, wurde der geschädigten Ehefrau in einem Strafverfahren wegen Gewalt in der Ehe zunächst ein «**amtlicher Verteidiger**» nach Art. 40 StPO/FR (entspricht heute dem «unentgeltlichen Rechtsbeistand» nach Art. 136 Abs. 2 lit. c StPO) beigeordnet, dieser dann aber wegen «offensichtlichen Interessenkonflikten» wieder aus dem Mandat entlassen. Gegen diese Entlassung erhoben

³² Art. 29 Abs. 3 Reglement für das Bundesgericht vom 20.11.2006 (BGerR; SR 173.110.131); BGer, I. ÖRA, 13.2.2007, 1B_3/2007, E. 2; Spezialfall: BGE 133 IV 278, E. 1.1 (vor der Einleitung einer Voruntersuchung angeordnete Einziehung von Vermögenswerten als Endentscheid, der von der strafrechtlichen Abteilung behandelt wird).

³³ BGE 133 IV 139, E. 4.; SCHMID, ZStrR 2006, 175 f.

Art. 78 8, 9 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

sowohl die geschädigte Ehefrau als auch ihr amtlicher Verteidiger Verfassungsbeschwerde. Diese wurde vom Bundesgericht als Beschwerde in Strafsachen entgegen genommen, da es sich um eine Entscheidung handelte, welche sich auf kantonales Strafprozessrecht stütze. Für die geschädigte Partei sei das Vorliegen einer Strafsache offenkundig. Dies gelte aber auch für den «Verteidiger». Zwar stehe er als amtliche Verteidiger in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Staat, doch stütze sich diese Ernennung auf kantonales Strafprozessrecht und hänge insoweit eng mit der Strafuntersuchung zusammen.³⁴

4. *Vorsorgliche Massnahmen (Art. 98)?*

- 8 Wie bereits erwähnt, ist nach wie vor offen, ob beispielsweise kantonale Haftrichterentscheide als Vor- oder Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 gelten. Ebenso ungeklärt ist, ob strafprozessuale Zwangsmassnahmen wie die Haft als vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 gelten. Davon geht der Bundesrat aus. Mit der Konsequenz, dass «*vorsorgliche Massnahmen nur wegen Verletzung des Willkürverbots oder eines anderen durch die Verfassung oder einen Staatsvertrag garantierten Grundrechts angefochten werden [können]. So könnte also die Anordnung der Untersuchungshaft in einem Strafverfahren auf ihre Vereinbarkeit mit den Garantien bei Freiheitsentzug überprüft werden (Art. 31 BV und 5 EMRK)*».³⁵ Das Bundesgericht liess die Frage bisher offen.³⁶
- 9 Die Qualifikation strafprozessualer Zwangsmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen hat Folgen, die vom Gesetzgeber wohl übersehen wurden. In ständiger Rechtsprechung prüfte das Bundesgericht bisher bei Haftbeschwerden die Auslegung und Anwendung des kantonalen Prozessrechtes frei. Wegen des schweren Eingriffs in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2, Art. 31 BV).³⁷ Diese freie Überprüfung bereitete insofern keine Probleme, als die Haft bisher kantonal geregelt war. Das kantonale Strafprozessgesetz konnte *abstrakt* auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden. Die *konkrete* Haftanordnung konnte frei auf Verfassungsverletzungen geprüft werden. Weniger klar war die Situation bei Zwangsmassnahmen, die sich bereits bisher auf Bundesrecht stützten, wie etwa Telefonüberwachungen und verdeckte Ermittlungen.³⁸ In einem Fall betreffend die Sperrung von Aktiendepots hielt das Bundesgericht fest: «*Nach Art. 98 BGG kann gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Zulässig sind demnach die im vorliegenden Verfahren vorgebrachten Rügen der Willkür (Art. 9 BV), der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und der Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV). Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 59 aStGB geltend machen, kann dessen Anwendung nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür geprüft werden.*»³⁹ Neu stützen

³⁴ Zum drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil (Art. 93 Abs. 1 lit. a) für die geschädigte Ehefrau vgl. BGE 133 IV 335, E. 4, für die «amtliche Verteidigerin» vgl. E. 5 a.a.O. Zum rechtlich geschützten Interesse der Verteidigerin vgl. Art. 81 N 25.

³⁵ Botschaft 2001 4337.

³⁶ BGE 133 I 270, E. 1.2.1; vgl. immerhin BGer, I. ÖRA, 15.2.2007, 1B_4/2007, E. 1, wonach ein Beschwerdeführer gegen einen Haftverlängerungsentscheid «*nach Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen kann*».

³⁷ BGE 135 I 71, E. 2.5.

³⁸ Telefonüberwachungen waren früher geregelt im BG vom 6. 10.2000 betr. die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1), heute in Art. 269 ff. StPO; die verdeckte Ermittlung war im BG vom 20.6.2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8) geregelt, heute in Art. 286 ff. StPO.

³⁹ BGer, I. ÖRA, 17.7.2007, 1B_54/2007, E. 1.

sich auch die Untersuchungshaft oder Beschlagnahmen auf die schweizerische Strafprozessordnung und damit auf Bundesrecht.⁴⁰ Aus der – vom Bundesrat vorgeschlagenen – Einstufung dieser Zwangsmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen würde folgen, dass gegen deren Anordnung nur die «Verletzung **verfassungsmässiger Rechte**» (Art. 98) geltend gemacht werden kann.⁴¹ Damit stellen sich zwei Fragen: 1. Wie ist die Einschränkung der Beschwerdegründe auf verfassungsmässige Rechte in diesem Zusammenhang zu verstehen? 2. Was meint das Bundesgericht, wenn es eine Bundesrechtsverletzung nur «*unter dem Gesichtswinkel der Willkür*» prüfen will?

Zur ersten Frage: Bisher konnten die kantonalen Strafprozessordnungen auf ihre Verfassungs- und EMRK-Konformität überprüft und nötigenfalls aufgehoben werden. Einer *abstrakten* Überprüfung von *Bundesgesetzen* (z.B. StPO; JStPO; BüPF etc.) auf ihre Verfassungsmässigkeit steht aber Art. 190 BV entgegen. Sie könnten allenfalls auf ihre EMRK-Konformität überprüft werden.⁴² Folgte man dem Bundesrat, so bliebe eine *konkrete* Überprüfung der Bundesrechtskonformität der Haft- oder Überwachungsanordnung wegen der beschränkten Beschwerdegründe in Art. 98 ausgeschlossen.⁴³ Dies würde bedeuten, dass gegen eine Haftanordnung zwar vorgebracht werden könnte, sie verletze das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit nach Art. 10 BV, nicht aber das Fehlen einer ernsthaften Kollusionsgefahr. Mit der letztgenannten Rüge wird eine Verletzung von Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO und damit eine **einfache Bundesrechtsverletzung** geltend gemacht, die ausserhalb der Rügegründe von Art. 98 steht. Diese Konsequenz ist mit der Kernaufgabe des Bundesgerichts, für die einheitliche Anwendung des Bundesrechts zu sorgen, nur schwer vereinbar (Art. 1 Abs. 1).⁴⁴ Fest steht, dass man mit der neuen Strafprozessordnung nicht hinter den bisherigen Schutzstandard zurückfallen wollte.⁴⁵ Die Haftanordnung muss nach wie vor frei überprüft werden können. Die Anwendung und Auslegung der Haftbestimmungen kann nicht deshalb eingeschränkt sein, weil sie neu nicht mehr in einem kantonalen sondern in einem schweizerischen Prozessgesetz niedergelegt sind. Für die Haft besteht die Lösung somit darin, dass man sie entgegen der Botschaft nicht als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 taxiert. Damit könnten in einer Haftbeschwerde sämtliche Beschwerdegründe nach Art. 95 vorgebracht und überprüft werden, insbesondere auch die Verletzung (einfachen) Bundesrechts (lit. a). Aber auch die Anfechtbarkeit der übrigen Zwangsmassnahmen kann nicht auf Verfassungsrügen im Sinne von Art. 98 beschränkt bleiben. Bei einer solchen Beschränkung liesse sich die bundesweit einheitliche Anwendung des Zwangsmassnahmenrechts (Art. 196 ff. StPO) nicht sicherstellen. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre im erwähnten Entscheid zur Vermögenssperre⁴⁶ deshalb nicht nur die Verletzung der Eigentumsgarantie, des Willkürverbots und des rechtlichen Gehörs, sondern neu auch eine Verletzung der bundesrechtlichen Bestimmungen zur Beschlagnahme (Art. 263 ff. StPO) zu prüfen. Für diese Lösung, Art. 98 nicht auf die Zwangsmassnahmen anzuwenden, spricht auch, dass die vom Bundesrat angeführten Gründe für die Beschränkung der Rügegründe auf die strafprozessualen Zwangsmassnahmen nicht zutreffen.⁴⁷ Es besteht

10

⁴⁰ Vgl. Art. 220 ff. und Art. 263 ff. StPO.

⁴¹ RUCKSTUHL, plädoyer 2007, 32 f.

⁴² BGE 128 IV 201, E. 1.2 ff.; 126 I 1, E. 2 f.

⁴³ Diesen Hinweis verdanke ich Prof. F. BOMMER, Luzern und Prof. N. RUCKSTUHL, Basel, s.a. RUCKSTUHL, plädoyer 2007, 32 f.

⁴⁴ BSK BGG²-SCHOTT, Art. 98 N 24, weist zu Recht auf die notwendige Gewährleistung einheitlicher Bundesrechtsanwendung (hier insb. StPO) hin.

⁴⁵ Botschaft-StPO BBl 2006 1086 f.

⁴⁶ BGer, I. ÖRA, 17.7.2007, 1B_54/2007, E. 1.

⁴⁷ Botschaft 2001 4336 f.; kritisch auch RUCKSTUHL, plädoyer 2007, 32 f.

Art. 78 11, 12 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

keine Gefahr, dass sich das Bundesgericht bei einer späteren Beschwerde gegen den Sachentscheid ein zweites Mal mit der «identischen Frage» beschäftigen muss. Zwangsmassnahmen dienen nicht eine Vorwegnahme sondern der Absicherung des Sachentscheids. Nur dort, wo später eine volle Überprüfung stattfindet, rechtfertigt sich eine Rügeeinschränkung.⁴⁸ Auch der zweite Grund, dass die kantonale Vorinstanz beim Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ihrerseits mit eingeschränkter Kognition entscheidet und das Bundesgericht bei voller Prüfung eine weitere Kognition als die Vorinstanz hätte, trifft bei Zwangsmassnahmen nicht zu. Die Anordnung strafprozessualer Zwangsmassnahmen erfolgt nicht aufgrund summarischer sondern freier Prüfung.

- 11** Damit bleibt noch die zweite Frage, welchen Umfang diese Prüfung hat respektive worum es bei der Prüfung unter dem «Gesichtswinkel der Willkür» geht. Zuweilen ist auch die Rede von **Willkürkognition**.⁴⁹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung versteht darunter eine Form der Beschwerdeüberprüfung. Neben der normalen, freien Überprüfung prüfte das Bundesgericht insbesondere unter dem Regime der staatsrechtlichen Beschwerde gewisse Vorbringen nur eingeschränkt, unter dem «Gesichtswinkel der Willkür» eben.⁵⁰ Für eine – neben der freien – separate Überprüfungsbefugnis unter dem «Gesichtswinkel der Willkür» besteht nach richtiger Ansicht im neuen Verfahrensrecht dort kein Raum mehr, wo es um die Überprüfung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a) geht.⁵¹ Art. 98 schränkt nur die zulässigen Beschwerdegründe, nicht die Kognition ein. Im erwähnten Beispiel können – nach hier vertretener Ansicht – die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (z.B. Art. 26 BV) und des einfachen Bundesrechts (Art. 263 ff. StPO) geltend gemacht werden.⁵² Beides sind Beschwerdegründe nach Art. 95 lit. a, welche das Bundesgericht frei zu prüfen hat.

5. Verwaltungsstrafrechtliche Entscheide

- 12** Entscheide im Bereich des **Verwaltungsstrafrechts** gelten als Strafsachen. Hat das zuständige Departement des Bundes die Angelegenheit den kantonalen Gerichten zur Beurteilung überwiesen (Art. 21 Abs. 1 VStrR) oder wurde die Beurteilung durch (kantonale) Gerichte vom Betroffenen verlangt (Art. 21 Abs. 2 VStrR), so sind die letztinstanzlichen kantonalen Entscheide in diesen Angelegenheiten mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar.⁵³ Ebenso können Verwaltungsstrafsachen, die der Bundesrat nach Art. 21 Abs. 3 VStrR dem Bundesstrafgericht zur Beurteilung überwiesen hat, mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden. Innerhalb des Bundesstrafgerichts ist die Strafkammer zum Entscheid zuständig.⁵⁴ Die verwaltungsstrafrechtlichen Anstände, welche der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zur Entscheidung zugewiesen sind,⁵⁵ können nur an das Bundesgericht weitergezogen

⁴⁸ BSK BGG²-SCHOTT, Art. 98 N 10.

⁴⁹ Z.B. BGE 129 I 110, E. 1.3; 132 I 201, E. 8.7.

⁵⁰ Eingehend F. UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005, 306 ff., 407 ff.

⁵¹ BSK BGG²-SCHOTT, Art. 95 N 3 m.Hinw.; zu den verbleibenden Anwendungsgebieten der Prüfung unter dem Gesichtswinkel der Willkür, vgl. BGE 136 I 241, E. 2.4 und 2.5.

⁵² BGer, I. ÖRA, 17.7.2007, 1B_54/2007, E. 1.

⁵³ Vgl. noch unter altem Recht BGer, StA, 14.12.2006, 6P.17/2006, E. 1.3.2, betr. ein kantonalgerechtlich beurteiltes Verwaltungsstrafverfahren aus dem Bereich des Spielbankengesetzes; in der gleichen Sache nunmehr BGer, StA, 27.10.2007, 6B_205/2007; s.a. BGE 121 IV 326, E. 3a.

⁵⁴ Art. 35 Abs. 2 StBOG; ehemals: Art. 26 lit. b SGG i.V.m. Art. 80 Abs. 1.

⁵⁵ Art. 37 Abs. 2 lit. b StBOG; Art. 25 Abs. 1 VStrR.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

13, 14 Art. 78

werden, sofern sie Zwangsmassnahmen betreffen.⁵⁶ Die übrigen Anstände entscheidet die Beschwerdekammer letztinstanzlich.⁵⁷

6. Keine Strafsache gemäss bundesgerichtlicher Entscheidung

Nicht als Strafsachen im Sinne von Art. 78 Abs. 1 gelten im Sinne der Rechtsprechung: **13**

- **Disziplinarrechtliche Massnahmen:** Nach der Rechtsprechung ist eine reine Disziplinarbusse in der Höhe von CHF 5000.– weder eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK noch eine Strafe im Sinne von Art. 7 EMRK.⁵⁸ Unabhängig von einer allfälligen Qualifikation als «strafrechtliche Anklagen» werden disziplinarrechtliche Angelegenheiten seit Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes als Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten entgegen genommen. Entscheide, welche in einer Disziplinarsache ergangen sind, können Gegenstand einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bilden (Art. 82 lit. a).⁵⁹ Das Bundesgericht stufte eine disziplinarische Busse im Rahmen des Strafvollzugs als «*Endentscheid über den Vollzug von Strafen und Massnahmen*» nach Art. 78 Abs. 2 lit. b ein.⁶⁰
- Entscheide in Anwendung des Bundesgesetzes vom 19.3.2004 über die **Teilung eingezogener Vermögenswerte** (TEVG). Hier ist eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben (BGE 135 IV 162, E. 1);
- Entscheide über Massnahmen gegen häusliche Gewalt nach kantonalem **Gewalt-schutzgesetz** gelten als öffentlich-rechtliche Angelegenheiten (BGE 134 I 140, E. 2);
- Die **Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen** wegen zu Unrecht erlittener Haft hängen zwar insoweit mit Strafverfahren zusammen, als sie ihren Rechtsgrund in einem (rechtmässigen oder rechtswidrigen) Verhalten der Strafverfolgungsbehörden haben. Der Sache nach handelt es sich jedoch um öffentlich-rechtliche Haftungsansprüche gegen den Kanton, welche der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. unterliegen.⁶¹ Immerhin hat das Bundesgericht jüngst in einem strafrechtlichen Beschwerdeverfahren zu unrechtmässiger Haft selbst eine hinreichende Wiedergutmachung (*satisfaction équitable*) nach Art. 41 EMRK in Form einer vorteilhaften Kostenregelung ausgesprochen.⁶²

7. Keine Strafsache gemäss gesetzgeberischer Entscheidung

Nicht als Strafsachen interpretieren lassen sich überdies Entscheide auf Gebieten, die vom **Gesetzgeber explizit** vom strafrechtlichen Beschwerdeweg **ausgenommen** wurden. Dies gilt etwa für das Militärstrafrecht, die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Führerausweisentzüge zu Warnzwecken, die Steuerhinterziehung, das Disziplinarrecht⁶³ sowie **14**

⁵⁶ Art. 26 Abs. 1 VStrR; Art. 79; vgl. BGer, I. ÖRA, 1.9.2009, 1B_63/2009, E. 1.1.

⁵⁷ Art. 30 Abs. 5 und Art. 98 Abs. 2 VStrR; zum Weiterzug bundesstrafgerichtlicher Entscheide im Detail Kommentierung zu Art. 80 N 3 ff.

⁵⁸ BGE 128 I 346; vgl. auch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2450; hinten Art. 78 N 11a.

⁵⁹ BGer, I. ÖRA, 22.5.2008, 2C_344/2007, E. 1.

⁶⁰ BGer, StA, 28.9.2010, 6B_589/2010, E. 1.

⁶¹ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_300/2007, E. 1.2; bestätigt in: BGE 135 IV 43, E. 1.1.2.

⁶² BGE 136 I 274; dazu Art. 81 N 3. Zur Vermeidung einer Verengung des Rechtsschutzes vor BGer im Verhältnis zu den Rügemöglichkeiten vor dem EGMR, vgl. AEMISEGGER, Jusletter 2009, Ziff. 2.3.4 und Ziff. 5.

⁶³ BGE 97 I 831, E. 1; zur Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf disziplinarische Sanktionen BGE 128 I 346, E. 2.

Art. 78 15–17 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

für Verwaltungssanktionen nach dem Kartellgesetz. Infolge der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung verbietet es sich in diesen Fällen, eine Strafsache im Sinne von Art. 78 anzunehmen. Dass ein enger materieller Zusammenhang zum Strafrecht besteht und dass sie nach der Strassburger Rechtsprechung grösstenteils unter den konventionsrechtlichen Begriff der «strafrechtlichen Anklage» fallen, kann nicht berücksichtigt werden.

a) Militärstrafrecht

- 15** Die Militärjustiz ist unabhängig (Art. 1 MStP), nicht nur gegenüber militärischen Führungsorganen, sondern auch von der zivilen Gerichtsbarkeit. Entscheide in Militärstrafsachen sind letztinstanzlich beim Militärkassationsgericht anfechtbar (Art. 13 und 184 MStP). Eine Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht ist deshalb nicht vorgesehen.⁶⁴

b) Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

- 16** Gegen Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegeben (Art. 84).⁶⁵ Diese Verfahren gelten als verwaltungsrechtlich, weil es um die administrative Unterstützung ausländischer Strafverfahren geht. Die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind deshalb nicht anwendbar.⁶⁶ Insofern ist es auch wenig konsequent, dass die Beschwerden in internationalen Rechtshilfeangelegenheiten erstinstanzlich dem Bundesstrafgericht in Bellinzona zugewiesen sind.⁶⁷ Ursprünglich sollten diese Beschwerden erst- und letztinstanzlich vom Bundesverwaltungsgericht entschieden werden.⁶⁸

c) Führerausweisentzug zu Warnzwecken

- 17** Warnungsentzüge von Führerausweisen nach Art. 16 ff. SVG fallen unter den konventionsrechtlichen Begriff der «strafrechtlichen Anklage». Die Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind deshalb in jeden Fall einzuhalten.⁶⁹ Soweit diese Garantien aber eingehalten werden, ist es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, den Entscheid einer Verwaltungsbehörde zu übertragen. Nach expliziter Anordnung von Art. 22 Abs. 1 SVG werden die Ausweise von Verwaltungsbehörden erteilt und entzogen. Auch im Rahmen der StGB AT-Revision wurde der ursprüngliche Vorschlag, Warnungsentzüge in strafrichterliche Kompetenz zu stellen, vom Gesetzgeber verworfen.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint es ausgeschlossen, Führerausweisentzüge der Beschwerde in Strafsachen zu unterstellen. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht unter dem Bundesgerichtsgesetz entschieden, dass gegen kantonal letztinstanzliche Entscheide über Führerausweisentzüge die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung steht (Art. 82 lit. a; Art. 24 Abs. 1 SVG).⁷¹

⁶⁴ TSCHANNEN-BOMMER, 154 und dortige FN 3; Commentaire LTF-FERRARI, Art. 78 N 19.

⁶⁵ BGE 133 IV 125, E. 1; 134 IV 156, E. 1.3.1.

⁶⁶ BGE 120 Ib 112, E. 4; bestätigt in BGE 131 II 169, E. 4.

⁶⁷ Art. 37 Abs. 2 lit. a StBOG; ehemals Art. 28 lit. e SGG.

⁶⁸ Botschaft 2001 4230; zur Entstehungsgeschichte von Art. 84 im Detail EHRENZELLER/SCHWEIZER-AEMISEGGER, 179 ff.

⁶⁹ BGE 133 II 331, E. 4.2; 122 II 22, E. 3.

⁷⁰ Botschaft StGB AT BBl 1999 2058 ff.

⁷¹ BGer, I. ÖRA, 1.9.2009, 1C_130/2009, E. 1.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

18–21 Art. 78

d) *Steuerstrafsachen*

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

Die **Steuerhinterziehung** hingegen gilt als Verwaltungssache. Zwar werden Steuerhinterziehungsbussen nach DBG von der Rechtsprechung als Strafe im Sinne von Art. 6 EMRK eingestuft,⁷² was aber lediglich zur Anwendbarkeit der entsprechenden Verfahrensgarantien führt. Die Steuerhinterziehung nach Art. 175 ff. DBG wurde vom Gesetzgeber explizit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterstellt. «Die Strafgerichtsbarkeit ist ausgeschlossen».⁷³ Das Gleiche gilt für die Steuerhinterziehung nach Art. 56 StHG. Entscheide der Steuerbehörden bei Hinterziehungstatbeständen sind vor Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden anfechtbar. Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide kann beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden. Die Strafgerichtsbarkeit ist ausgeschlossen.⁷⁴

Die prozessual unterschiedliche Behandlung von Steuerhinterziehungs- und Steuerbetrugstatbeständen ist strafrechtsdogmatisch nicht begründbar. De lege lata ist sie als rein politischer Entscheid des Gesetzgebers (noch) hinzunehmen. **19**

e) *Verwaltungssanktionen nach Kartellgesetz*

Trotz ihrer potentiell massiven Höhe wurden die Sanktionen nach Art. 49a KG vom Gesetzgeber bewusst als Verwaltungssache qualifiziert. Gemäss der Botschaft zum revidierten Kartellgesetz dienen die Sanktionen der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten und setzen – im Gegensatz zu einer Strafsanktion (vgl. Art. 54 f. KG) – kein Verschulden voraus.⁷⁵ Ein nationalrätlicher Minderheitenantrag, der sich explizit gegen die Verschuldensunabhängigkeit der Sanktionen wandte, wurde verworfen.⁷⁶ Die Verwaltungssanktionen nach Art. 49a KG, welche unter altem Recht der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterlagen,⁷⁷ sind somit letztinstanzlich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anzufechten. **20**

f) *Disziplinarrecht*

In BGE 128 I 346 hatte das Bundesgericht einen Fall zur Disziplinaufsicht über Rechtsanwälte zu entscheiden. Es urteilte, dass eine reine Disziplinarbusse in der Höhe von CHF 5000.– weder eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK noch eine Strafe im Sinne von Art. 7 EMRK darstellt. Unabhängig von einer allfälligen Qualifikation als «strafrechtliche Anklagen» werden disziplinarrechtliche Angelegenheiten auch nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes als Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten entgegen genommen. So führte das Bundesgericht an, das eidgenössische Anwaltsgesetz, welches insbesondere auch das Disziplinarrecht **21**

⁷² BGE 119 Ib 311, E. 2e.

⁷³ Art. 182 Abs. 2 Satz 2 DBG.

⁷⁴ Art. 57^{bis} Abs. 2 StHG

⁷⁵ Botschaft Kartellgesetz BBl 2002 2034.

⁷⁶ Vgl. Minderheitenantrag I und dazu Votum von Nationalrat Spuhler in der Sitzung vom 26.9.2002, AB 2002 N 1449 f.; vgl. auch die Debatte im Ständerat vom 20.3.2003, AB 2003 S 333 ff.

⁷⁷ BGer, I. ÖRA, 19.8.2005, 2A.287/2005, E. 1.

Art. 78 22–24 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

(Art. 17 ff. BGFA) abschliessend regelt, sei Teil des Bundesverwaltungsrechts. Entscheide, welche in einer Disziplinarsache ergangen sind, können Gegenstand einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bilden (Art. 82 lit. a).⁷⁸ Hingegen stufte das Bundesgericht eine disziplinarische Busse im Rahmen des Strafvollzugs als «*Endentscheid über den Vollzug von Strafen und Massnahmen*» nach Art. 78 Abs. 2 lit. b ein.⁷⁹

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

- 22** Wie soeben dargelegt können gewisse Entscheide, die in der Sache zwar strafrechtlichen Charakter haben, nicht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden, sofern sie vom Gesetzgeber explizit davon ausgenommen wurden. Andererseits hat der Gesetzgeber in zwei Fällen auch nichtstrafrechtliche Entscheide der Beschwerde in Strafsachen unterstellt. Nach Art. 78 Abs. 2 unterliegen die hier zu behandelnden zivilrechtlichen Adhäsionsansprüche sowie Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Beschwerde in Strafsachen (vgl. hinten N 23).

1. Definition

- 23** Bei den **Adhäsionsforderungen** geht es um Entschädigungs- oder Genugtuungsansprüche von Personen, die durch eine strafbare Handlung verletzt oder geschädigt wurden. Diese Forderungen richten sich primär gegen den Straftäter und haben somit einen direkten Zusammenhang mit der Strafsache. Die Verfahrenseffizienz, vor allem aber Gesichtspunkte des Opferschutzes, sprechen dafür, diese Straf- und Zivilsachen gemeinsam zu behandeln. Auf der Ebene des Bundesgerichts stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die mit einer Straftat zusammenhängenden zivilrechtlichen Probleme dem Bundesgericht im Rahmen einer Beschwerde in Strafsachen unterbreitet werden können und wann allenfalls eine Beschwerde in Zivilsachen zu ergreifen ist. Nachfolgend wird zunächst aufgezeigt, wie sich der Gesetzgeber die Behandlung von Adhäsionsansprüchen vorstellte (N 14). Der Vorschlag des Gesetzgebers erweist sich in verschiedener Hinsicht als problematisch (N 15 ff.), weshalb abschliessend ein eigener Lösungsvorschlag unterbreitet werden soll (N 19 ff.).

2. Vorstellungen des Gesetzgebers

- 24** Nach Art. 78 Abs. 2 lit. a unterliegen der Beschwerde in Strafsachen auch Entscheide über Zivilansprüche. Bemerkenswert ist, dass nicht wie unter altem Verfahrensrecht darauf abgestellt wird, ob die Zivilforderung zusammen mit der Strafsache «*beurteilt worden ist*» (Art. 271 Abs. 1 BStP). Nach der deutschen und französischen Fassung unterliegen Zivilansprüche vielmehr der Strafrechtsbeschwerde, wenn sie zusammen mit der Strafsache «*zu behandeln sind*» («*doivent être jugées*»). Es soll also nicht auf die tatsächlich erfolgte gemeinsame Beurteilung, sondern auf die Wünschbarkeit oder Angebrachtheit einer adhäsionsweisen Beurteilung abgestellt werden. Dazu ist in der Botschaft⁸⁰ zu lesen, dass unter dem neuen Recht nicht mehr allein das angefochtene Urteil massgeblich sei. Wesentlich sei, ob es sachlich gerechtfertigt ist, dass das Bundesgericht gleichzeitig Zivilansprüche und strafrechtliche Fragen beurteilt, unabhängig davon, ob dies im angefochtenen Entscheid ebenso gehandhabt worden war.

⁷⁸ BGer, I. ÖRA, 22.5.2008, 2C_344/2007, E. 1.

⁷⁹ BGer, StA, 28.9.2010, 6B_589/2010, E. 1.

⁸⁰ Botschaft 20014313.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

25–27 Art. 78

Die bundesrätliche Erläuterung ist nur verständlich, wenn man sich vor Augen hält, dass sie sich gegen eine dort⁸¹ zitierte Rechtsprechung (BGE 118 II 420) richtet.⁸² In diesem französischsprachigen Entscheid ging es um Genugtuungszahlungen, welche zwei misshandelten Kindern durch ein erstinstanzliches Strafgerichtsurteil zugesprochen wurden. Vor zweiter Instanz waren nur noch diese Zivilforderungen streitig, weshalb das Kantonsgericht als Zivilgericht konstituiert war. Auf die strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht eingetreten, weil das kantonsgerichtliche im Gegensatz zum erstinstanzlichen Urteil die Zivilforderungen nicht gleichzeitig mit der Strafsache behandelte. Dieses strikt am Wortlaut orientierte Abstellen auf die *Gleichzeitigkeit* der Behandlung von Zivil- und Strafansprüchen durch die Vorinstanz war aufgrund des französischen Gesetzestextes («en même temps») vertretbar, erschien dem Bundesrat wohl aber unter Gesichtspunkten der Opferhilfe nicht opportun. Nach seiner Vorstellung sollen derartige Spezialfälle neu der Beschwerde in Strafsachen unterliegen. Für eine solche Interpretation spricht in casu, dass die fraglichen Zivilforderungen letztlich auf ein erstinstanzliches Straferkenntnis zurückgingen und somit Bestandteil einer Strafsache waren. Dagegen spricht, dass das Kantonsgericht in jenem Fall als «Cour civile» tagte und es nur noch um die Zivilforderungen ging.

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

3. Kritik

Mit der Formulierung von Art. 78 Abs. 2 lit. a, wonach der Beschwerde in Strafsachen auch Entscheide unterliegen über «Zivilansprüche, wenn diese zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind», wollte der Bundesrat somit eine ganz speziell gelagerte Konstellation regeln. Damit ist er wie soeben dargelegt nicht durchgedrungen. Für alle übrigen Fälle adhäsionsweiser Behandlung von Zivilansprüchen haben der Wortlaut von Art. 78 Abs. 2 und die Erläuterungen dazu in der Botschaft zu einiger Verwirrung Anlass gegeben.⁸³ Nachfolgend werden Problempunkte der gesetzgeberischen Vorlage aufgezeigt. Erstens stellen sich Kompetenzprobleme (N 16), zweitens Fragen im Zusammenhang mit der (fehlenden) Streitwertbegrenzung (N 17) und schliesslich praktische Verfahrensfragen (N 18). 26

a) Fehlende Entscheidkompetenz

In der Botschaft wird anhand des erwähnten Beispielfalls (BGE 118 II 420) vom Bundesgericht gefordert, Zivilansprüche künftig, wann immer dies sachlich gerechtfertigt sei, zu entscheiden. So unbehelflich der in Botschaft gewählte Beispielfall im Gesamtzusammenhang auch sein mag, so unmissverständlich ist die bundesrätliche Forderung an die Strafrichter, Zivilansprüche nach Möglichkeit im Strafurteil mit zu behandeln. Allerdings kann das Bundesgericht nicht primärer Adressat dieser Forderung sein. Zu weit geht die Botschaft deshalb mit dem Anspruch, das Bundesgericht solle Zivilansprüche selbst dann beurteilen, wenn die Vorinstanz dies nicht gemacht hat.⁸⁴ Als 27

⁸¹ Botschaft a.a.O.

⁸² Kritisch SUTTER, AJP 2007, 215.

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

⁸⁴ Botschaft 2001 4313.

Art. 78 28

3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

oberste Recht sprechende Behörde (Art. 1 Abs. 1) obliegt dem Bundesgericht die «revisio in iure». Für die zur Entscheidung von Zivilansprüchen notwendige Instruktion fehlt ihm deshalb nicht nur die Kapazität, sondern auch die Kompetenz. Hat die Vorinstanz Zivilansprüche zu Unrecht nicht behandelt, so hat das Bundesgericht nicht an deren Stelle zu entscheiden, sondern den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und zur adhäsionsweisen Beurteilung der Ansprüche zurückzuweisen.⁸⁵

b) Fehlende Streitwertbegrenzung

- 28 Unter altem Recht war die alleinige Anfechtung von Zivilansprüchen nur zulässig bei Erreichen der damaligen Streitwertgrenze von CHF 8000.–.⁸⁶ Trotz Hinweisen in der Literatur⁸⁷ fehlt im neuen Recht eine Streitwertbegrenzung bei den Adhäsionsansprüchen. Ob diese Änderung bewusst erfolgte oder das Problem bei der Diskussion um die nicht damit zu verwechselnden und schliesslich fallengelassenen «**strafrechtlichen Streitwertgrenzen**»⁸⁸ schlicht unterging, ist nicht mehr rekonstruierbar.⁸⁹ Jedenfalls steht fest, dass die Streitwertgrenzen, welche nach Art. 74 für die Beschwerde in Zivilsachen bestehen (i.d.R. CHF 30 000.–), für die in einer Beschwerde in Strafsachen angefochtenen Adhäsionsansprüche nicht gelten. Dies wirft eine Reihe von Fragen auf. Sollte – wie dies die Botschaft vorsieht⁹⁰ – die Beschwerde in Strafsachen bei alleiniger Anfechtung der Zivilansprüche nicht und statt dessen die Beschwerde in Zivilsachen gegeben sein, so führte dies zu perplexen Situationen:⁹¹ Ein Geschädigter, welcher zur Anfechtung des Schuld- und Strafpunkts (nach h.L. und Rspr.) nicht legitimiert ist,⁹² müsste seine Zivilansprüche grundsätzlich mit Zivilrechtsbeschwerde unter Beachtung der Streitwertgrenzen (Art. 74) durchsetzen. Wird das vorinstanzliche Urteil auch noch vom Angeschuldigten oder Staatsanwalt weitergezogen, dann könnte der Geschädigte Beschwerde in Strafsachen erheben, weil dann nicht länger «*allein der Entscheid über die Zivilansprüche angefochten ist*».⁹³ Dies setzt allerdings voraus, dass er von deren Beschwerdeerhebung erfährt. Vollkommen unklar ist in diesem Zusammenhang, welche Folgen ein Beschwerderückzug des Angeschuldigten hätte. Aber auch wenn man entgegen der herrschenden Lehre davon ausgeht, dass der Geschädigte zumindest zur Beschwerde im Schuldpunkt legitimiert ist,⁹⁴ ergibt sich kein anderes Bild. Der Geschädigte müsste dann nämlich den Schuldpunkt stets mitanfechten, um sich im Zivilpunkt die für ihn günstigere weil nicht streitwertbegrenzte Beschwerde in Strafsachen offen zu halten. Dasselbe gilt für den Angeschuldigten oder das Opfer. Auch diese könnten die Streitwerteinschränkungen (nur) dadurch umgehen, dass sie gleichzeitig den Schuld-

⁸⁵ Dazu sogleich hinten N 21.

⁸⁶ Art. 271 Abs. 2 BStP, Art. 46 OG; Ausnahme: Art. 277^{quater} Abs. 2 BStP; BGE 127 IV 203, E. 8b; im Detail KOLLY, *pourvoi en nullité*, 66 f.

⁸⁷ SCHUBARTH, ZStrR 2002, 70.

⁸⁸ Nach Art. 74 E-BGG (BBl 2001 4480 ff.) sollte die Beschwerde u.a. unzulässig sein bei Verurteilungen unter 30 Tagessätzen Geldstrafe, unter 120 Stunden gemeinnütziger Arbeit sowie unter CHF 500.– Busse für eine natürliche Person (s.a. Botschaft 2001 4314 f.). Von diesen strafrechtlichen Zugangsbeschränkungen wurde auf Vorschlag der Arbeitsgruppe «Bundesgerichtsgesetz» abgesehen (vgl. Bericht Arbeitsgruppe, 3; publiziert: www.bj.admin.ch); vgl. EHRENZELLER/SCHWEIZER-BÄNZIGER, 87.

⁸⁹ Für strafrechtliche Streitwertgrenzen DONZALLAZ, *Commentaire*, Art. 78 Rz. 2453, 2526.

⁹⁰ Botschaft 2001 4313.

⁹¹ Hinweise bei SCHUBARTH, ZStrR 2002, 70 f.; SCHMID, ZStrR 2006, 165 f.

⁹² Vgl. Art. 81 N 16 ff.

⁹³ Botschaft 2001 4313.

⁹⁴ Dazu Kommentierung zu Art. 81 N 13k ff.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

29, 30 Art. 78

spruch anfechten. Dies ist für den Beschwerdeführenden mit erheblichen Kostenrisiken verbunden.⁹⁵

c) Praktische Verfahrensprobleme

Nimmt man den Gesetzestext und die Botschaft beim Wort, so ergeben sich zumindest für den deutschen und französischen Gesetzeswortlaut weitere Schwierigkeiten verfahrensrechtlicher Natur. Nach Art. 78 Abs. 2 unterliegen Zivilansprüche der Beschwerde in Strafsachen, «wenn sie zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind» («sont également sujettes au recours en matière pénale: les décisions sur les prétensions civiles qui doivent être jugées en même temps que la cause pénale»). Problematisch daran ist, dass die Zulässigkeit der Beschwerde gegen Zivilansprüche von einem künftigen Ereignis abhängig gemacht wird, der Frage nämlich, ob das höchste Gericht den Strafpunkt und den Zivilpunkt gleichzeitig behandeln wird.⁹⁶ Mit anderen Worten hat der Gesetzgeber zur Eintretensvoraussetzung gemacht, was eigentlich Gegenstand des Urteils in der Sache ist: Die (opferhilferechtliche) Frage der Angebrachtheit gemeinsamer Behandlung von Zivil- und Strafpunkt. Weil der Beschwerdeführer die gemeinsame Behandlung aber nicht vorhersehen kann, müsste er zur Überprüfung der Adhäsionsansprüche sorgfältigerweise eine nicht streitwertbegrenzte Beschwerde in Strafsachen und parallel dazu eine Beschwerde in Zivilsachen erheben respektive stets die Eintretensvoraussetzungen beider Beschwerden nachweisen. Diese Lösung ist unsinnig.

29

4. Lösungsvorschlag

Die geschilderten Probleme rufen nach einer praktikablen Lösung. Eine solche liefert der italienische Gesetzestext: «Al ricorso in materia penale soggiacciono anche le pretese civili trattate unitamente alla causa penale». Nach dieser Fassung gilt als Eintretensvoraussetzung wie unter altem Verfahrensrecht,⁹⁷ dass der Zivilanspruch letztinstanzlich zusammen mit der Strafsache beurteilt wurde oder eine gemeinsame Beurteilung hätte erfolgen sollen.⁹⁸ Der Lösungsvorschlag geht somit dahin, den **italienischen Gesetzestext** für **massgeblich** zu erklären. Es wird einzig darauf abgestellt, was die Vorinstanz mit den Zivilforderungen gemacht hat und nicht darauf, was das Bundesgericht machen sollte. Was die fehlende Streitwertbegrenzung der Adhäsionsansprüche angeht, so wird man diese Privilegierung gegenüber der Beschwerde in Zivilsachen de lege lata in Kauf nehmen müssen.⁹⁹

30

Das **Bundesgericht** hat sich diesem Lösungsvorschlag in seinem ersten Leitentscheid zu Adhäsionsforderungen angeschlossen: «Entsprechend dem italienischen Gesetzestext ist für die Zulässigkeit der Beschwerde in Strafsachen massgebend, dass die letzte kantonale Instanz über den Straf- und den Zivilpunkt befunden hat oder dies hätte tun müssen. Ist dagegen im Strafverfahren vor der oberen kantonalen Instanz nur noch der Zivilpunkt streitig, so ist nicht die Beschwerde in Strafsachen, sondern die Beschwerde in Zivilsachen gegeben. Denn die Rechtsuchenden müssen wissen, welches Rechtsmittel sie ergreifen können.»¹⁰⁰

⁹⁵ THOMMEN, forumpoenale 2009, 53 ff.

⁹⁶ TSCHANNEN-BOMMER, 159; RUCKSTUHL, plädoyer 2007, 28.

⁹⁷ Vgl. Art. 271 aBStP.

⁹⁸ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2475.

⁹⁹ S.a. DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2487.

¹⁰⁰ BGE 133 III 701, E. 2; differenzierend Commentaire LTF-FERRARI, Art. 78 N 28.

Art. 78 31–33 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

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

a) Zivilansprüche letztinstanzlich zusammen mit der Strafsache behandelt

- 31** Wurde der Zivilanspruch gemeinsam mit der Strafsache behandelt, ist die Beschwerde in Strafsachen in jedem Fall gegeben.¹⁰¹ Und zwar entgegen der Botschaft¹⁰² selbst dann, wenn auch vor Bundesgericht nur noch die Zivilforderungen bestritten werden. Dies ergibt sich, wie gezeigt wurde, aus dem italienischen Gesetzestext, wonach alleine die Behandlung der Adhäsionsansprüche im vorinstanzlichen Urteil massgeblich ist («*trattate unitamente alla causa penale*»). Streitwertgrenzen gelten in diesem Fall keine. Mit dieser Lösung kann verhindert werden, dass der Strafanspruch mitangefochten werden muss, nur um sich die Beschwerde in Strafsachen offen zu halten.

b) Zivilansprüche letztinstanzlich auf den Zivilweg verwiesen

- 32** Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche, die vom kantonalen Gericht auf den **Zivilweg verwiesen** und von einem Zivilgericht entschieden wurden, können nicht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden.¹⁰³ Selbstverständlich kann in diesen Fällen die Verweisung auf den Zivilweg selbst zum Gegenstand der Beschwerde in Strafsachen gemacht werden, indem etwa eine Verletzung von Art. 126 Abs. 1 StPO (ehemals Art. 38 Abs. 1 OHG) gerügt wird.¹⁰⁴ Nach dieser Bestimmung sind Zivilansprüche des Opfers nach Möglichkeit zusammen mit der Strafsache zu entscheiden.¹⁰⁵ Nach neuem Recht stellt die Verweisung auf den Zivilweg das Opfer ganz allgemein schlechter, weil ihm so auf Bundesebene nur noch die streitwertbegrenzte Beschwerde in Zivilsachen oder allenfalls eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde bleibt. Besonders eindeutig wird diese Schlechterstellung, wenn man sich vor Augen führt, dass gerade Genugtuungszahlungen nur selten CHF 30 000.– übersteigen.

c) Entscheid über Zivilansprüche letztinstanzlich aufgeschoben

- 33** Nach Art. 126 Abs. 4 StPO (ehemals Art. 38 Abs. 2 OHG) kann das Gericht **vorerst über den «Schuld- und Strafpunkt»** und erst **später** über den **Zivilpunkt** urteilen. Da das Bundesgericht darauf abstellt, was vor der letzten kantonalen Instanz noch streitig ist,¹⁰⁶ ergeben sich zwei mögliche Konstellationen: Den Entscheid zunächst nur über den Strafpunkt zu befinden und den Zivilentscheid zu vertagen, fällt das kantonale Gericht im Strafurteil. Gegen dieses Strafurteil kann Beschwerde in Strafsachen erhoben und eine Verletzung von Art. 38 Abs. 2 OHG geltend gemacht werden. Der spätere obergerichtliche Entscheid, in dem nur noch über die vertagten Zivilansprüche befunden wird, muss hingegen mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden.¹⁰⁷

¹⁰¹ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1.

¹⁰² Botschaft 20014313.

¹⁰³ BGE 118 II 410, E. 1 m.Hinw. auf BGE 104 IV 68, E. 3b.

¹⁰⁴ Offen gelassen in BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.1.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 123 IV 78, E. 3a.

¹⁰⁶ BGE 133 III 701, E. 2.

¹⁰⁷ Unter Bezugnahme auf die altrechtliche Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 1 OHG, wonach auf die Beurteilung durch die gleiche Behörde abgestellt wurde, lässt DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2477, hier auch eine Beschwerde in Strafsachen zu.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

34–36 Art. 78

d) Zivilansprüche letztinstanzlich dem Grundsatz nach entschieden

Bei komplexen und aufwendigen Schadensberechnungen eröffnet Art. 126 Abs. 3 StPO **34** (ehemals Art. 38 Abs. 3 OHG) die Möglichkeit, **Zivilansprüche nur dem Grundsatz** nach zu entscheiden.¹⁰⁸ In der Regel wird der Grundsatzentscheid über die Zivilansprüche auch von der letzten kantonalen Instanz *zusammen* mit dem Strafurteil gefällt. In diesem Fall ist die Beschwerde in Strafsachen zu erheben.¹⁰⁹ Darin kann geltend gemacht werden, dass der Zivilanspruch mangels komplexer Verhältnisse zu Unrecht nur dem Grundsatz nach entschieden wurde (Verletzung von Art. 126 Abs. 3 StPO resp. altrechtlich: Art. 38 Abs. 3 OHG). Aber auch die falsche Festlegung der Haftungsquoten kann mit Beschwerde in Strafsachen vorgebracht werden. Wird hingegen – wie in BGE 133 III 701¹¹⁰ – letztinstanzlich nur noch ein Grundsatzurteil über die Haftungsquoten ausgefällt, so ist dagegen die Beschwerde in Zivilsachen oder allenfalls eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben. Das Gleiche gilt für den späteren Zivilgerichtsentscheid, der sich bloss noch auf den strafgerichtlichen Haftungsverteilungsschlüssel stützt. Auch hier ist eine (streitwertbegrenzte) Beschwerde in Zivilsachen oder eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben.¹¹¹

e) Letztinstanzlich nur noch Zivilansprüche behandelt

Sind vor der letzten kantonalen Instanz in einem Strafverfahren nur noch die Zivilforderungen umstritten und die erstinstanzlichen Schuldsprüche insoweit in Rechtskraft erwachsen, so ist dieser letztinstanzliche kantonale Entscheid über die Zivilforderungen mit Beschwerde in Zivilsachen anzufechten. Unterhalb der Streitwertgrenze von CHF 30 000.— bleibt in solchen Fällen nur noch die rügebeschränkte subsidiäre Verfassungsbeschwerde (BGE 133 III 701, E. 2). **35**

f) Rechtsschutzlücken bei Zivilansprüchen in Bellinzona?

P. SUTTER vertritt die Auffassung, dass «*Rechtsschutzlücken gegen Urteile des Bundesstrafgerichts über Zivilansprüche*» bestehen.¹¹² Bundesstrafgerichtliche Entscheide über Zivilsachen könnten gar nicht angefochten werden, wenn nicht auch die Strafsache angefochten wird. Nach Art. 75 Abs. 1 sei die Beschwerde zulässig «*gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen und des Bundesverwaltungsgerichts*». Gegen zivilrechtliche Entscheide des Bundesstrafgerichts bleibe der Rechtsschutz gänzlich aus. Weil nach der hier vorgeschlagenen und vom Bundesgericht übernommenen Lösung in Anlehnung an den italienischen Gesetzestext nur darauf abgestellt wird, was die letzte Instanz mit den Zivilansprüchen gemacht hat, tritt die von P. SUTTER beschriebene **Rechtsschutzlücke** nur in Ausnahmefällen ein: Wenn das Bundesstrafgericht Zivilansprüche zusammen mit der Strafsache behandelt (vorne N 20), auf den Zivilweg verweist (vorne N 21), vertagt (vorne N 21a) oder dem Grundsatz nach entscheidet (vorne N 21b),¹¹³ dann können diese Entscheide zum Gegenstand einer Beschwerde in Strafsachen gemacht werden. Die Situation, dass «*letztinstanzlich*» nur noch adhäsionsweise geltend gemachte Zivilansprüche umstritten sind (vorne N 21c), ist im bundesstrafgerichtlichen Verfahren mangels **36**

¹⁰⁸ BGE 125 IV 153, s.a. BGer, StA, 30.8.2006, 6S.13/2006, E. 3 f.; KOLLY, pourvoi en nullité, 65; vgl. Art. 210 Abs. 3 BStP/2010.

¹⁰⁹ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2478.

¹¹⁰ Dazu N 21c.

¹¹¹ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2481.

¹¹² Vgl. SUTTER, AJP 2007, 214 ff.; zustimmend DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2488.

¹¹³ Art. 210 Abs. 3 BStP; Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2006.20 vom 3. 10.2007, E. 8 und SK_2004_8 vom 21.3.2005, E. 6.2 und Dispositivziffer II. 5.

Art. 78 37, 38 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

Doppelinstanzlichkeit nicht denkbar.¹¹⁴ Eine mögliche Rechtsschutzlücke (i.S.v. Art. 78 Abs. 2 lit. a und Art. 75 Abs. 1) bleibt, wenn das Bundesstrafgericht später nur noch über vertagte Zivilansprüche entscheidet. Bei solchen Vertagungen werden die Zivilansprüche nicht zusammen («unitamente») mit der Strafsache behandelt. Hier spricht vieles dafür, den Anwendungsbereich der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 75 Abs. 1 auf bundesstrafgerichtliche Zivilentscheide auszuweiten.¹¹⁵

5. Fazit

- 37 Der deutsche und französische Gesetzestext machen die Zulässigkeit der Adhäsionsbeschwerde davon abhängig, ob die Zivilansprüche vom Bundesgericht «zu behandeln sind». Die Beschwerdezulässigkeit von künftigen Ereignissen abhängig zu machen, bietet unüberwindbare praktische Schwierigkeiten. Abzustellen ist deshalb auf den **italienischen Text**, der für das Eintreten auf das angefochtene Urteil zurückblickt. Diesem Vorschlag hat sich unterdessen auch das Bundesgericht angeschlossen.¹¹⁶ Entscheidend ist, was Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils ist. Hat die Vorinstanz die Zivilansprüche *mit*behandelt, so können diese auch *alleine* mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden. Hat die Vorinstanz die Zivilansprüche im Strafurteil auf den Zivilweg verwiesen, aufgeschoben oder nur dem Grundsatz nach entschieden, so kann dieser Umstand unter opferhilferechtlichen Gesichtspunkten in einer Beschwerde in Strafsachen beanstandet werden. Hat die Vorinstanz hingegen *nur noch* über die Zivilansprüche befunden, ist eine Beschwerde in Zivilsachen oder unterhalb der Streitwertgrenze eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben.

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

- 38 Der Beschwerde in Strafsachen unterliegen auch Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 78 Abs. 2 lit. b).¹¹⁷ Damit entfällt die altrechtliche Zweiteilung, wonach die strafgerichtliche Anordnung von Strafen und Massnahmen der Nichtigkeitsbeschwerde, die verwaltungsbehördlichen Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde (resp. soweit sie sich auf kantonale Vollzugsbestimmungen stützten mit staatsrechtlicher Beschwerde) anfechtbar waren. Unter altem Verfahrensrecht ging die Rechtsprechung davon aus, dass Entscheide betreffend den Straf- und Massnahmenvollzug (z.B. bedingte Entlassung) materiell verwaltungsrechtlicher Natur seien. Sie werden von Verwaltungsbehörden gefällt und unterstanden deshalb öffentlich-rechtlichen Beschwerden.¹¹⁸ Mag diese Einteilung formell richtig gewesen sein, so führte sich doch zu einer komplexen Rechtsmittelzer-splitterung.¹¹⁹ Die Entflechtung des Rechtsmittelwegs war eines der Hauptziele der Justizreform.¹²⁰ Die Idee der drei Einheitsbeschwerden besteht darin, mit einer Beschwerde einheitlich ein ganzes Rechtsgebiet abzudecken. Es macht deshalb Sinn, die Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Beschwerde in Strafsa-

¹¹⁴ Y. JEANNERET, ZStrR 3/2010, 316; zur Doppelinstanzlichkeit vgl. Art. 80 N 8d ff.

¹¹⁵ Vgl. SUTTER, AJP 2007, 216.

¹¹⁶ BGE 133 III 701, E. 2.

¹¹⁷ BGE 135 I 6, E. 2.2; 133 IV 121, E. 1; BGer, StA, 14.3.2007, 6B_2/2007, E. 2; s.a. MEYER, ZBJV 2010, 804.

¹¹⁸ Zum ²bisherigen Recht BGE 100 Ib 323, E. 1; 122 IV 8, E. 1a; vgl. FERBER, Nichtigkeitsbeschwerde, 24; SCHWERI, Nichtigkeitsbeschwerde, Rz. 92; GEISER/MÜNCH-WIPRÄCHTIGER, Rz. 6.18 und 6.64.

¹¹⁹ THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 652.

¹²⁰ Botschaft 2001 4208.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

Art. 79

chen zu unterstellen. Denn auch wenn diese Entscheide von einer Verwaltungsbehörde ausgehen, so sind sie doch direkte Folge einer Straftat und somit eine Strafsache. Dieser Konnex zum Strafurteil bestünde auch bei Führerausweisentzügen, soweit sie von den Verwaltungsbehörden im Gefolge einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Strassenverkehrsvergehen angeordnet wurden. Doch gelten die Warnungsentzüge nach dem Willen des Gesetzgebers als verwaltungsrechtliche Angelegenheiten und unterliegen somit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.¹²¹

Art. 79*

Ausnahme **Die Beschwerde ist unzulässig gegen Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, soweit es sich nicht um Entscheide über Zwangsmassnahmen handelt.**

Exception Le recours est irrecevable contre les décisions de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, sauf si elles portent sur des mesures de contrainte.

Eccezione Il ricorso è inammissibile contro le decisioni della Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, eccetto che si tratti di decisioni in materia di provvedimenti coattivi.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Vorbemerkung	1
II. Entstehungsgeschichte	6
III. Grundsatz	7
IV. Bisheriges Verfahrensrecht	10
V. Verfahren nach Inkrafttreten der Schweizerischen StPO	14
1. Allgemeines	14
2. Mit Beschwerde nach Art. 393 StPO beziehungsweise Art. 79 BGG anfechtbare Entscheide	17
3. Spezialfragen	22
VI. Anfechtungsobjekt	25
1. Allgemeines	25
2. Entscheide über Zwangsmassnahmen	28
3. Bisherige Praxis	33
4. Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren vor Bundesgericht	43
5. Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung	47
VII. Beschwerdelegitimation	48
1. Allgemeines	48
2. Bundesanwaltschaft und Bundesverwaltung	50
3. Privatklägerschaft und andere Beteiligte	53

¹²¹ Art. 23 f. SVG; Botschaft StGB AT BBl 1999 2058; BGE 132 II 234, E. 1; 132 II 248, E. 1; vgl. vorne N 9.

* Ganzer Text neu redigiert, keine Übereinstimmung der Randnoten mit der Voraufgabe

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

Art. 80

Zwangsmassnahmenentscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, die noch *vor* dem 1.1.2011 auf der Basis des *alten* Rechts ergangen²⁵⁶ sind, unterliegen der Beschwerde an das Bundesgericht im Sinne von Art. 79 BGG, auch wenn die betreffenden erstinstanzlichen Verfügungen nach den *neuen* Regeln der StPO (dazu vorne N 17–21) nicht mehr an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts weitergezogen werden könnten. 75

Art. 80

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

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

Autorités précédentes

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

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

Autorità inferiori

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

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

Inhaltsübersicht

Note

I. Letztinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 1).....	1
1. Kantonale Gerichte als Vorinstanzen	1
2. Bundesstrafgericht als Vorinstanz	6
II. Zweitinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 2).....	11
1. «Double Instance» im kantonalen Verfahren (Abs. 2 Satz 1 und 2).....	11
2. Ausnahmen von «Double Instance» im kantonalen Verfahren (Abs. 2 Satz 3).....	14
3. «Double Instance» im Bundesstrafverfahren?	16

FORSTER, 185; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-LIEBER, Art. 453 N 6; SCHMID, Handbuch, N 1867.

²⁵⁶ Massgeblich ist auch hier das Datum der *Fällung* des angefochtenen Entscheids; vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG sowie vorne N 74.

Art. 80 1–4 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

Materialien

Vgl. Materialien bei Art. 78. Zur Änderung von Art. 80 Abs. 2 Dritter Satz: eingefügt durch Anhang Ziff. II 5 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19. März 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2011 (AS 2010 3267; BBl 2008 8125).

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 78.

I. Letztinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 1)

1. Kantonale Gerichte als Vorinstanzen

- 1 Die Beschwerde in Strafsachen ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen. Wie unter dem alten Verfahrensrecht muss der kantonale Instanzenzug erschöpft, der angefochtene Entscheid somit letztinstanzlich sein.¹ Die **Letztinstanzlichkeit** ist nach herkömmlichem Verständnis eine Anforderung an das Anfechtungsobjekt. Sie gilt für alle drei ordentlichen Beschwerden gleichermaßen, weshalb diese Sachurteilsvoraussetzung auch bei den «Anfechtbaren Entscheiden» (Art. 90 ff.) hätte geregelt werden können.²
- 2 Art. 80 legt unter dem Titel «**Vorinstanzen**» fest, was die Beschwerdeführer an Rechtsmittelinstanzen zu durchlaufen haben, bevor sie mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht gelangen können. Die angefochtenen Entscheide müssen kantonale oder auf Bundesebene letztinstanzlich sein. Der Entscheid der Vorinstanz darf nicht anderweitig anfechtbar sein (Abs. 1; N 1 ff.). Zudem stellt das Bundesgerichtsgesetz gerichtsorganisatorische Anforderungen an die kantonalen Vorinstanzen. Diese müssen obere kantonale Gerichte sein, welche als Rechtsmittelinstanzen entscheiden (Abs. 2; hinten N 7 ff.).
- 3 Das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit warf bisher etwa im Zusammenhang mit Beschwerdefällen aus dem Kanton Zürich gewisse Probleme auf, weil dort erstinstanzliche Strafurteile des Ober- und Geschworenengerichts teilweise noch mit **kantonomer Nichtigkeitsbeschwerde** an das kantonale Kassationsgericht weitergezogen werden konnten.³ Mit Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung und – damit zusammenhängend – der neuen kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze per 1.1.2011 bleibt kein Raum mehr für solche Partikularrechtsmittelordnungen. Das Zürcher Kassationsgericht wird aufgehoben.⁴
- 4 Im Normalfall der Beschwerde gegen einen ober-/kantonsgerichtlichen **Berufungsentscheid** bereitet das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit keine grossen Schwierigkeiten.⁵ Viel komplexer sind die Rechtsmittelwege bei der Anfechtung von «**Verfahrenshandlungen**» der verschiedenen Strafbehörden (Art. 20 StPO). In besonderem Masse gilt dies

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

² Vgl. KARLEN, BGG, 34 f.

³ Art. 428 ff. StPO/ZH-2010; vgl. zu diesen Problemen die Kommentierung zu Art. 80 Abs. 1 in der Voraufgabe, N 1 ff.

⁴ § 211 Abs. 1 GOG/ZH (Übergangsbestimmungen – Kassationsgericht): «*Das Kassationsgericht übt seine Rechtsprechungstätigkeit bis zum 30. Juni 2012 aus*»; vgl. dazu Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 1. Juli 2009 zum Gesetz über die Anpassung der kantonalen Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Zivil- und Strafsachen an die neuen Prozessgesetze des Bundes, 83 (publiziert: www.ji.zh.ch).

⁵ BGE 135 I 63, E. 1.1.; 133 IV 150, E. 1.1.

für die **Zwangsmassnahmen**. Hier sind drei Konstellationen zu unterscheiden: Erstens «normale Zwangsmassnahmen», wie etwa die Beschlagnahme. Gegen deren Anordnung kann der Betroffene an die Beschwerdeinstanz gelangen.⁶ Der Entscheid der Beschwerdeinstanz ist letztinstanzlich im Sinne von Art. 80 Abs. 1. Er ist aber nicht «zweitinstanzlich» im Sinne von Art. 80 Abs. 2, weshalb im 3. Satz dieser Bestimmung eine Ausnahme statuiert wird, wenn ein «*Gericht als einzige kantonale Instanz entscheidet*». Weiter gibt es Zwangsmassnahmen, die vom Zwangsmassnahmengericht angeordnet werden (z.B. Haft oder stationäre Begutachtung).⁷ Hieraus ergeben sich die zweite und dritte Gruppe in Bezug auf das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit: Über gewisse Zwangsmassnahmen entscheidet das Zwangsmassnahmengericht endgültig.⁸ Dies trifft etwa auf die Anordnung einer stationären Begutachtung zu.⁹ Eine Beschwerde an die Beschwerdeinstanz gibt es nicht. Der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts ist hier letztinstanzlich im Sinne von Art. 80 Abs. 1. Er kann direkt mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden. Für diese Fälle, in den das Zwangsmassnahmengericht «*als einzige kantonale Instanz entscheidet*» sieht Art. 80 Abs. 2 Satz 3 Ausnahmen vom Erfordernis der Ober- und Zweitinstanzlichkeit vor.¹⁰ Die dritte Gruppe betrifft die vom Zwangsmassnahmengericht angeordneten Massnahmen, die von der Strafprozessordnung explizit der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz unterstellt werden.¹¹ Wichtigstes Beispiel hierfür ist die Haftanordnung.¹² Der Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts muss zunächst an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden. Erst der Beschwerdeinstanzentscheid gilt als letztinstanzlich im Sinne von Art. 80 Abs. 1. In dieser Gruppe ist sowohl das Erfordernis der Ober- als auch der Zweitinstanzlichkeit erfüllt (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 und 2).

In seiner amtlich publizierten **Rechtsprechung** hat sich das Bundesgericht nur vereinzelt **5** zur Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs geäussert:

- **Haft im Jugendstrafverfahren:** Nach Art. 41 JStG haben die Kantone gegen jugendstrafrechtliche Entscheide ein Rechtsmittel an eine gerichtliche Instanz vorzusehen. Die Verfügung des Haftrichters am Bezirksgericht muss deshalb kantonsintern noch weitergezogen werden (können), bevor die Beschwerde an das Bundesgericht offensteht.¹³ Im neuen Strafverfahrensrecht ist die kantonsinterne Anfechtbarkeit von Haftentscheiden im Jugendstrafverfahren gewährleistet (Art. 27 Abs. 5 JStPO; Art. 222 StPO).
- Wegen der Übergangsregelung von Art. 130 Abs. 1 galten erwachsenenstrafrechtliche¹⁴ **Haftentscheide** der bezirksgerichtlichen Einzelrichter bisher noch als letztinstanzlich. Das Bundesgericht liess in deutlichen Worten durchblicken, dass es gegen das einstufige Zürcher Haftprüfungsverfahren wegen des «äusserst schwerwiegenden» Grundrechtseingriffs nach wie vor grosse Bedenken hege. Die Einführung einer Rekursins-

⁶ Art. 20 Abs. 1 lit. b und Art. 263 ff. StPO.

⁷ Art. 18 Abs. 1 und Art. 225 ff. StPO (Haft); Art. 186 Abs. 2 StPO (stationäre Begutachtung).

⁸ Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO.

⁹ Art. 186 Abs. 2 StPO; vgl. auch Entsiegelungsgesuche der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO) und DNA-Massenuntersuchungen (Art. 256 StPO).

¹⁰ Dazu sogleich unten II.

¹¹ Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO.

¹² Art. 222 StPO; vgl. auch **Telefonüberwachungen** (Art. 279 Abs. 3 StPO; zur bisherigen Rechtslage: BGE 133 IV 182, E. 4.4); Überwachungen von **Bankbeziehungen** (Art. 285 Abs. 4 StPO) und mit **technischen Überwachungsgeräten** (Art. 281 Abs. 4 StPO); **verdeckte Ermittlungen** (Art. 298 Abs. 3 StPO).

¹³ BGE 133 IV 267, E. 3.

¹⁴ Zu Haftentscheiden im Jugendstrafrecht: BGE 133 IV 267, E. 3.

Art. 80 6, 7 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

tanz und/oder der Ausbau der Verfahrensrechte könnte sich daher «in Zukunft als verfassungsrechtlich notwendig aufdrängen».¹⁵ Der Bundesgesetzgeber nahm diese Bedenken auf und weitete das «**Double Instance**»-Prinzip nachträglich auch auf Haftprüfungsverfahren aus. Nach Art. 222 StPO kann die verhaftete Person Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten.¹⁶ Nur Haftentscheide der Beschwerdeinstanz gelten damit als letztinstanzlich im Sinne von Art. 80 Abs. 1.

- Das Bundesgericht bezieht das Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht nur auf die Strafsache als Ganzes, sondern auch auf **einzelne** (Verfassungs-)Rügen. Ein Beschwerdeführer, der im kantonalen Berufungsverfahren die Kosten- und Entschädigungsregelung der ersten Instanz nicht gerügt hat, kann diese Rüge mangels Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht erstmals vor Bundesgericht vorbringen.¹⁷
- Aufgrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV; Art. 80 Abs. 2) ist das Verwaltungsgericht und nicht die Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich die letzte kantonale Rechtsmittelinstanz in Straf- und **Massnahmevollzugsstreitigkeiten**.¹⁸
- Da gegen den Entscheid des **Präsidenten der Strafkammer** des **Freiburger** Kantonsgerichts, der den Wechsel des amtlichen Anwalts anordnet, kein Rechtsmittel an die «Chambre Pénale» offensteht, gilt der Entscheid als letztinstanzlich nach Art. 80 Abs. 1.¹⁹

2. *Bundesstrafgericht als Vorinstanz*

- 6 Die Beschwerde in Strafsachen ist zulässig gegen Entscheide des Bundesstrafgerichts (Art. 80 Abs. 1). In dieser absoluten Formulierung ist die Bestimmung trügerisch. Es ist zu unterscheiden zwischen den grundsätzlich anfechtbaren Entscheiden der Strafkammer (N 4 und 4a) und den grundsätzlich unanfechtbaren Entscheiden der Beschwerdekammer (N 5 ff.).

a) *Entscheide der Strafkammer*

- 7 Das Bundesstrafgericht in Bellinzona amtiert als gerichtliches Organ der Bundesstrafrechtspflege. Früher war das Bundesstrafgericht eine besondere Abteilung des Bundesgerichts in Lausanne.²⁰ Dieses stellte auch die Anklagekammer und als «Appellationsinstanz» den Ausserordentlichen Kassationshof. Mit dem Bundesgesetz vom 4.10.2002 über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG) wurde ein eigenständiges erstinstanzliches Strafgericht des Bundes mit Sitz in Bellinzona geschaffen.²¹ Unterdessen wurde das Strafgerichtsgesetz bereits wieder abgelöst durch das Bundesgesetz vom 19.3.2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (**Strafbehördenorgani-**

¹⁵ BGE 133 I 270, E. 3.5.

¹⁶ Art. 222 StPO in der Fassung gemäss Anhang Ziff. II 7 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19.3.2010, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 3267), dazu Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8184; vgl. noch Art. 221 E-StPO, BBl 2006 1389, 1454; dazu Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1312.

¹⁷ BGE 135 I 91, E. 2.

¹⁸ BGE 135 I 6, E. 2.

¹⁹ BGE 133 IV 335, E. 3.

²⁰ Bekannt ist etwa das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 24.2.1989 i.S. Ministère public de la Confédération c. Hussein Ali Mohamad Hariri (BGE 115 IV 8).

²¹ Art. 191a BV; Botschaft 2001 4247 und 4254 ff.; Art. 4 SGG/2010.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

8, 9 Art. 80

sationsgesetz, StBOG).²² Das Bundesstrafgericht verfügt über getrennte Straf- und Beschwerdekammern (Art. 33 StBOG).²³ Die Strafkammern haben im Wesentlichen die Aufgaben des ehemaligen Bundesstrafgerichts in Lausanne übernommen und beurteilen in erster Instanz Straffälle in **Bundeszuständigkeit**, die nicht an die Kantone delegiert wurden (Art. 35 Abs. 1 StBOG) sowie vom Bundesrat überwiesene **Verwaltungsstrafsachen** (Abs. 2).²⁴ Die Urteile der Strafkammern sind letztinstanzliche Entscheide. Eine Berufung gibt es im Bundesstrafverfahren nicht.²⁵ Strafkammerurteile können deshalb mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Im Gegensatz zu den Urteilen der Strafkammer gelten die **Verfügungen, Beschlüsse** und **Verfahrenshandlungen** der Strafkammer nicht als letztinstanzliche Entscheide. Sie unterliegen grundsätzlich der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz.²⁶ Im Bundesstrafverfahren amtiert die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts als Beschwerdeinstanz.²⁷ Der Weiterzug erfolgt also sozusagen «hausintern».²⁸ Grundsätzlich nicht mit Beschwerde an die Beschwerdekammer anfechtbar sind hingegen **verfahrensleitende Entscheide**.²⁹ Diese unterliegen aber – bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen (insb. Art. 93) – der strafrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht. Bereits nach bisheriger Rechtsprechung konnten «verfahrensleitende Entscheide» (des Präsidenten) der Strafkammer an das Bundesgericht weitergezogen werden.³⁰ Es ist also zu unterscheiden: Stellt ein Strafkammerentscheid eine «Verfahrenshandlung» dar, ist er zunächst mit Beschwerde an die Beschwerdekammer und erst danach mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht anzufechten. «Verfahrensleitende Entscheide» der Strafkammer sind dagegen direkt an das Bundesgericht weiterziehbar, sofern die Voraussetzungen von Art. 93 erfüllt sind. Abgesehen von den damit verbundenen schwierigen Abgrenzungsfragen kann man die Berechtigung dieser vom Gesetzgeber in Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO vorgegebenen Unterscheidung generell hinterfragen. Sollten die verfahrensleitenden Entscheide nicht *auch* (oder evtl. sogar *nur*) der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz unterliegen?³¹

b) Entscheide der Beschwerdekammer

Entscheide der Beschwerdekammer sind in der Regel nicht anfechtbar.³² Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts in Bellinzona trat an die Stelle der ehemaligen Anklagekammer des Bundesgerichts in Lausanne. Nicht übernommen von der Anklagekammer hat die Beschwerdekammer die Aufgabe der Anklagezulassung. Diese ist entfallen.³³ Seit

²² Art. 77 StBOG i.V.m. Anhang I 1, AS 2010 3267, 3289.

²³ Zur Notwendigkeit dieser Trennung vgl. BGE 112 Ia 290; 114 Ia 57.

²⁴ Ehemals Art. 26 SGG; BGE 132 IV 89, E. 1; zu den Verwaltungsstrafsachen vgl. Art. 78 N 5.

²⁵ Noch befürwortend: Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1126 und 1382; dann ablehnend: Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8144 ff.; im Detail sogleich hinten N 8d ff.

²⁶ Art. 20 Abs. 1 lit. a und Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO.

²⁷ Art. 20 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 37 Abs. 1 StBOG.

²⁸ Kritisch auch die Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8165.

²⁹ Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO; vgl. Art. 79 N 39 ff. zu den Ausnahmen SCHMID, Handbuch, N 1509 f.

³⁰ BGE 135 I 261, E. 1 (StrK-Präsidialentscheid betr. Zulassung eines erbetenen Verteidigers); 134 IV 237, E. 1 (StrK-Präsidialentscheid betr. Haftentlassung); noch kurz zuvor wurde die Anfechtung von StrK-Präsidialentscheiden abgelehnt: BGer, I. ÖRA, 31.1.2008, 1B_23/2008, E. 2; unklar bei SCHMID, Handbuch, N 1635 FN 474 unter Hinw. auf BGE 133 IV 186, der einen Entscheid des Präsidenten der Beschwerdekammer betraf.

³¹ S.a. SCHMID, Handbuch, N 1509.

³² Grundlegend Art. 79 N 25 ff.

³³ Ehemals Art. 128–134 BStP (vgl. Anhang Ziff. 9 des Strafgerichtsgesetzes vom 4.10.2002). Begründet wurde die Streichung der Anklagezulassung mit der Umständlichkeit des zweistufigen

Art. 80 10 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

1.1.2007 hat das Bundesstrafgericht zwei Beschwerdekammern (I. Strafverfaherkammer; II. Rechtshilfekammer). Die Entscheidzuständigkeiten der Beschwerdekammern werden in Art. 37 StBOG aufgezählt:³⁴

- Die Beschwerdekammern treffen die Entscheide, für welche die StPO die **Beschwerdeinstanz** als zuständig bezeichnet (Abs. 1). Nach Art. 20 Abs. 1 StPO beurteilt die Beschwerdeinstanz Verfahrenshandlungen und Entscheide der erstinstanzlichen Gerichte, der Polizei, der Staatsanwaltschaft, der Übertretungsstrafbehörden sowie des Zwangsmassnahmengerichts. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts beurteilt also beispielsweise Beschwerden gegen Haftentscheide der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte in bundesstrafgerichtlichen Angelegenheiten.³⁵ Ferner unterliegen etwa Beschlagnahmen durch die Bundesanwaltschaft respektive die Staatsanwaltschaft des Bundes der Beschwerde an das Bundesstrafgericht in seiner Funktion als Beschwerdeinstanz.³⁶
- Die Beschwerdekammern treffen weiter die Entscheide, für welche die StPO das Bundesstrafgericht als zuständig bezeichnet (Abs. 1). Zu den Entscheiden, für die das Bundesstrafgericht in der StPO als zuständig bezeichnet wird, gehören etwa die **Zuständigkeitsstreitigkeiten** zwischen den Kantonen untereinander (Art. 40 Abs. 2 StPO) und mit dem Bund (Art. 28 StPO) sowie die Konflikte über die **innerstaatliche** Rechtshilfe (Art. 48 Abs. 2 StPO).
- Nach Art. 37 Abs. 2 StBOG entscheiden die Beschwerdekammern zudem über Beschwerden in Angelegenheiten der **internationalen** Rechtshilfe in Strafsachen (lit. a),
- **verwaltungsstrafrechtliche** Beschwerden (lit. b),
- **arbeitsrechtliche** Streitigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts (lit. c) sowie
- nebst spezialgesetzlichen «**Anständen**» (lit. E–g) vor allem noch die Zuständigkeitskonflikte der militärischen und der zivilen Strafgerichtsbarkeit (lit. d).³⁷

10 Die Entscheide der Beschwerdekammer sind **grundsätzlich letztinstanzlich**.³⁸ Dies gilt insbesondere für Gerichtsstandsstreitigkeiten und die innerstaatliche Rechtshilfe.³⁹ Der Grundsatz kennt indes wichtige **Ausnahmen**:

- Gegen Entscheide der Beschwerdekammer auf dem Gebiet der **internationalen Rechtshilfe in Strafsachen** ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn es nach Massgabe von Art. 84 in einem «besonders bedeutenden Fall» um eine Auslieferung, eine Beschlagnahme, eine Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten oder eine Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich geht.⁴⁰

Verfahrens. Zudem stelle der Entscheid der Anklagekammer über die Anklagezulassung eine Art «Vor-Urteil» dar (Botschaft 2001 4255); zum Ganzen BGE 133 IV 93.

³⁴ AS 2010 3267, 3276; ehemals Art. 28 SGG.

³⁵ Art. 65 Abs. 1 und 3 StBOG; dazu Botschaft StBOG BBI 2008 8125, 8173 f.

³⁶ Art. 20 Abs. 1 lit. b. i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 7 StBOG; allg. zu Beschwerden gegen Beschlagnahmen SCHMID, Handbuch, N 1118.

³⁷ Zum Ganzen: Botschaft StBOG BBI 2008 8125, 8163 ff.

³⁸ BGE 133 IV 278, E. 1.2; BGer, StA, 20.3.2007, 6C_1/2007; I. ÖRA, 16.5.2006, 1S.4/2006, E. 1; KISS, AJP 2003, 151.

³⁹ Zum bisherigen Regime vgl. BSK StGB²-NAY/THOMMEN, Art. 345 N 1 und Art. 361 N 1.

⁴⁰ BGE 133 IV 125, E. 1; zum Ganzen eingehend Art. 84 N 1 ff.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

10 Art. 80

- Nach Art. 79 sind Entscheide der Beschwerdekammer mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar, soweit sie strafprozessuale und verwaltungsstrafrechtliche (Art. 26 Abs. 1 VStrR) **Zwangsmassnahmen**⁴¹ betreffen. Zu beachten ist, dass sich das Zwangsmassnahmeverfahren mit der neuen Strafprozessordnung fundamental geändert hat. Vier Konstellationen sind zu unterscheiden. Erstens entscheidet die Beschwerdekammer als Beschwerdeinstanz über Zwangsmassnahmen, welche die Strafkammer als erstinstanzliches Gericht anordnet.⁴² Der Beschwerdeweg verläuft hier also zunächst «hausintern» von der Strafkammer in Bellinzona zur Beschwerdekammer am selben Gericht und danach mit strafrechtlicher Beschwerde nach Lausanne.⁴³ Zweitens entscheidet die Beschwerdekammer als Beschwerdeinstanz über «Verfahrenshandlungen» der Polizei (Art. 4 und 5 StBOG) und der Staatsanwaltschaft des Bundes (Art. 7 StBOG).⁴⁴ Soweit es bei diesen Verfahrenshandlungen um Zwangsmassnahmen (z.B. von der Bundesanwaltschaft angeordnete Beschlagnahmen) geht, kann der Beschwerdekammerentscheid nach Art. 79 von Bellinzona nach Lausanne weitergezogen werden.⁴⁵ Drittens gibt es eine Reihe von Zwangsmassnahmen, die vom Zwangsmassnahmengericht angeordnet werden.⁴⁶ Im Bundesstrafverfahren werden diese Zwangsmassnahmen vom kantonalen Zwangsmassnahmengericht am Sitz der Bundesanwaltschaft (Bern) oder ihrer Zweigstellen (Lausanne/Lugano/Zürich) angeordnet.⁴⁷ Soweit die Strafprozessordnung diese Zwangsmassnahmengerichtsentsehide explizit für anfechtbar erklärt, amtet die Beschwerdekammer als Beschwerdeinstanz.⁴⁸ Der Rechtsweg verläuft in diesen Fällen von Bern/Lausanne/Lugano/Zürich über Bellinzona nach Lausanne. Viertens: Soweit die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte *endgültig* über die Anordnung oder Genehmigung von Zwangsmassnahmen im Bundesstrafverfahren entscheiden, ist ein Weiterzug an die Beschwerdekammer in Bellinzona ausgeschlossen.⁴⁹ Diese Entscheide der Zwangsmassnahmengerichte in Bern/Lausanne/Lugano/Zürich müssen direkt an das Bundesgericht in Lausanne weitergezogen werden. Dass diese Rechtsmittelordnung nicht der Weisheit letzter Schluss sein kann, wurde andernorts bereits ausgeführt.⁵⁰

⁴¹ Zu den anfechtbaren Zwangsmassnahmen bisher vgl. BGE 131 I 52, E. 1.2.2; 133 IV 278, E. 1.2.2; BGer, I. ÖRA, 16.5.2006, 1S.4/2006, E. 1; zum Ganzen vgl. Art. 79 N 1 ff.

⁴² Art. 37 Abs. 1 StBOG; Art. 20 Abs. 1 lit. a StPO.

⁴³ Kritisch auch die Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8165.

⁴⁴ Art. 37 Abs. 1 StBOG; Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO.

⁴⁵ Zu den der Beschwerde unterliegenden Zwangsmassnahmen vgl. Art. 79 BGG N 1 ff. sowie KELLER, Zürcher Kommentar StPO, Art. 393 N 15.

⁴⁶ Z.B. **Haft** (Art. 18 Abs. 1 und Art. 225 ff. StPO); stationäre **Begutachtung** (Art. 186 Abs. 2 StPO), **Entsiegelungsgesuche** der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO); **DNA-Massenuntersuchungen** (Art. 256 StPO); Beschlagnahme von Aufzeichnungen aussage- und **zeugnisverweigerungsberechtigter** Personen (Art. 264 Abs. 3 StPO); Überwachung des **Post- und Fernmeldeverkehrs** (Art. 272 StPO); Einsatz **technischer Überwachungsgeräte** (Art. 281 StPO) etc. Weitere Beispiele bei KELLER, Zürcher Kommentar StPO, Art. 18 N 3.

⁴⁷ Art. 18 Abs. 1 StPO; Art. 65 Abs. 1 und 2 StBOG.

⁴⁸ Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO; Art. 65 Abs. 3 StBOG. Weiterziehbar sind etwa **Haftentscheide** des Zwangsmassnahmengerichts (Art. 222 StPO). Das Gleiche gilt für (nachträgliche) Beschwerden gegen **Telefonüberwachungen** (Art. 279 Abs. 3 StPO; zur bisheriger Rechtslage: BGE 133 IV 182, E. 4.4), gegen Überwachungen von **Bankbeziehungen** (Art. 285 Abs. 4 StPO) und mit **technischen Überwachungsgeräten** (Art. 281 Abs. 4 StPO) sowie gegen **verdeckte Ermittlungen** (Art. 298 Abs. 3 StPO).

⁴⁹ Art. 18 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO; endgültig entscheidet das Zwangsmassnahmengericht über die stationäre **Begutachtung** (Art. 186 Abs. 2 StPO), **Entsiegelungsgesuche** der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO) und **DNA-Massenuntersuchungen** (Art. 256 StPO).

⁵⁰ S. Art. 79 N 31.

Art. 80 11 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

- In BGE 133 IV 278 wurde ein Nichteintretensentscheid der *Beschwerdekammer* über eine von der Bundesanwaltschaft nach der Verfahrenseinstellung verfügte **Einziehung** als beschwerdefähig erklärt, obwohl diese keine strafprozessuale Zwangsmassnahme nach Art. 79, sondern eine materiell-strafrechtliche Massnahme darstellt. Normalerweise entscheidet die *Strafkammer* des Bundesstrafgerichts im Rahmen des Urteils in der Sache über Einziehungen. Diese Entscheide können an das Bundesgericht weitergezogen werden (vgl. vorne N 4). Gemäss Bundesgericht würden solche Einziehungsentscheide nicht dadurch unanfechtbar, dass sie ausnahmsweise von der Beschwerdekammer gefällt werden.⁵¹

II. Zweitinstanzlichkeit (Art. 80 Abs. 2)

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

- 11** Die Kantone setzen als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein. Diese entscheiden als Rechtsmittelinstanzen (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 und 2). Der Bund macht mit dieser Bestimmung von seiner Kompetenz Gebrauch, in die kantonale Gerichtsorganisation einzugreifen (Art. 123 Abs. 2 BV). Gleichzeitig konkretisiert er damit die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV für das kantonale Strafverfahren.⁵² Für die Kantone ergeben sich damit aus Art. 80 Abs. 2 zwei Verpflichtungen: Erstens muss ihre letztinstanzliche Behörde ein **oberes Gericht** sein, und zweitens muss das obere Gericht als **Rechtsmittelinstanz** entscheiden. Als Rechtsmittelinstanz muss es dabei mindestens die gleiche Überprüfungsbefugnis haben wie das Bundesgericht, also eine volle Überprüfungsmöglichkeit in rechtlicher und eine beschränkte in tatsächlicher Hinsicht (Art. 111 Abs. 3). Liest man diese Bestimmung zusammen mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a und 191b BV) und der Rechtsmittelgarantie von Art. 32 Abs. 3 BV, dann ergibt sich für die Kantone ein Obligatorium der Doppelinstanzlichkeit («**Double Instance**»)⁵³. Die Rechtsweggarantie verpflichtet die Kantone nämlich, mindestens eine kantonale Gerichtsinstanz mit voller Kognition hinsichtlich aller Tat- und Rechtsfragen einzurichten.⁵⁴ Die Rechtsmittelgarantie von Art. 32 Abs. 3 BV⁵⁵ und Art. 80 Abs. 2 verpflichtet die Kantone in Strafsachen, eine gerichtliche Rechtsmittelinstanz einzusetzen. Diese Vorgaben bedeuten jedoch nicht – wie man auf den ersten Blick meinen könnte –, dass die Kantone einen doppelten *gerichtlichen* Instanzenzug vorzusehen haben.⁵⁶ Solange die kantonale Rechtsmittelinstanz sämtliche nach Art. 29a BV verlangten rechtlichen und tatsächlichen Überprüfungsbefugnisse hat, kann als erste Instanz auch eine Verwaltungsbehörde eingesetzt werden.⁵⁷ Andererseits kann, wenn bereits erstinstanzlich ein kantonales Gericht tagte, die Rechtsmittelinstanz auch bloss eingeschränkt (i.S.v. Art. 111 Abs. 3) überprüfen.⁵⁸

Mit der zwingenden Überprüfung durch Gerichte wurde eine Entlastung des Bundesgerichts angestrebt.⁵⁹ Es darf bezweifelt werden, dass die Möglichkeit einer *gericht-*

⁵¹ BGE 133 IV 278, E. 1.

⁵² BGE 135 I 6, E. 2.2.

⁵³ Botschaft 2001 4316 f. und 4350 f.; zum Prinzip der «Double Instance» s. SGK²-KISS/KOLLER, Art. 188 BV (Justizreform) N 25 sowie J. FROWEIN/W. PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl etc. 1996, 858 ff.

⁵⁴ Hierzu SGK²-KISS/KOHLER, Art. 191b BV (Justizreform) N 5 ff.

⁵⁵ BGE 128 I 237, E. 3.

⁵⁶ Vgl. jedoch Art. 13 E-StPO (BBl 2006 1392), dazu Botschaft StPO BBl 2006 1134 ff.

⁵⁷ BGE 135 I 6, E. 2.

⁵⁸ Zum Ganzen eingehend: KARLEN, BGG, 69 ff.; ferner SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, BGG, Art. 80 N 7.

⁵⁹ Botschaft 2001 4317.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

12, 13 Art. 80

lichen Überprüfung innerhalb des Kantons mässigen Einfluss auf die Weiterzugsfreudigkeit der Parteien hat. Doch wird damit der Rechtsschutz ausgebaut und so eines der Justizreformziele verwirklicht. Die Vorinstanzenregelung von Art. 80 Abs. 2 zielte primär auf gewisse kantonale Strafprozessordnungen, in denen für Verurteilungen bei **Kapitalverbrechen** ordentliche Rechtsmittel⁶⁰ fehlten, weil diese erstinstanzlich bereits von oberen Gerichten beurteilt wurden.⁶¹ Allerdings erfüllt auch der Bund diese Vorgaben nicht. Gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichts fehlt ein ordentliches Rechtsmittel.⁶²

Da sowohl das Bundesgerichtsgesetz als auch die schweizerische Strafprozessordnung Anpassungen in der kantonalen Gerichtsorganisation notwendig machten, entschied der Gesetzgeber auf Betreiben der kantonalen Justiz- und Polizeidirektionen, die beiden Reformen in einer **Übergangsregelung** aufeinander abzustimmen. Nach Art. 130 Abs. 1 (in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung des BGG) erliessen die Kantone auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens einer schweizerischen Strafprozessordnung Ausführungsbestimmungen über die Zuständigkeit, die Organisation und das Verfahren der Vorinstanzen in Strafsachen im Sinne von Art. 80 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 3, einschliesslich der Bestimmungen, die zur Gewährleistung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV erforderlich sind.⁶³ Die schweizerische Strafprozessordnung ist auf den 1.1.2011 in Kraft gesetzt worden. Bis zu diesem Zeitpunkt war das Erfordernis, als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte einzusetzen, einstweilen noch suspendiert. Gestützt auf die genannte Übergangsregelung konnten deshalb bis Ende 2010 noch gewisse bezirksgerichtliche (Haft-)Entscheide angefochten werden.⁶⁴ Auch mussten die anfechtbaren kantonalen Entscheide während der Übergangsfrist noch keine *Rechtsmittelentscheide* sein, so dass Urteile oberer kantonalen Gerichte, welche als einzige Instanz über Kapitalverbrechen⁶⁵ oder grössere Wirtschaftsdelikte⁶⁶ entschieden, direkt mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar waren.

Mit Inkrafttreten der **schweizerischen Strafprozessordnung** wurde das Prinzip der Doppelinstanzlichkeit im *kantonalen Strafverfahren* grundsätzlich umgesetzt.⁶⁷ Strafentscheide des erstinstanzlichen kantonalen Gerichts können mit Berufung (Art. 21 Abs. 1 lit. a StPO) oder Beschwerde (Art. 20 Abs. 1 lit. a StPO) an das obere kantonale Gericht weitergezogen werden.⁶⁸ Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts sind nur soweit gesetzlich vorgesehen an eine zweite kantonale (Beschwerde-)Instanz weiterziehbar (Art. 20 Abs. 1 lit. c StPO). Dies gilt nach expliziter gesetzlicher Anordnung von Art. 222 StPO etwa für Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts, die nunmehr mit Beschwerde an die Beschwerdeinstanz anfechtbar sind.⁶⁹ Das Gleiche gilt für

⁶⁰ Zum Begriff des ordentlichen Rechtsmittels vgl. SCHMID, *Strafprozessrecht*⁴, N 955 ff.

⁶¹ Vgl. etwa § 56 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 13.6.1976 (LS 211.1) in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung (nachfolgend: GVG/ZH-2010); vgl. auch DONZALAZ, *Commentaire*, Art. 78 Rz. 2520 ff.

⁶² SCHMID, *ZStrR* 2006, 171; weiter KISS, *AJP* 2003, 151; dazu N 8d ff.

⁶³ Dazu *Botschaft* 2006 3074 ff.

⁶⁴ Vgl. z.B. § 6 StPO/BS-2010; § 24 Abs. 1 GVG/ZH-2010; BGE 133 I 270, E. 3.5 (bezirksgerichtlicher Haftentscheid); BGer, *StA*, 23.7.2007, 6B_104/2007, E. 1

⁶⁵ Vgl. z.B. § 56 GVG/ZH-2010 (Geschworenengericht) oder § 44 GVG/ZH-2010 i.V.m. § 198a StPO/ZH-2010.

⁶⁶ Vgl. z.B. Art. 11 Ziff. 2 GOG/BE-2010.

⁶⁷ *Botschaft* StPO BBl 2006 1085, 1140; zur «Double Instance» im Bundesstrafverfahren vgl. N 8d ff.

⁶⁸ KELLER, *Zürcher Kommentar StPO*, Art. 20 N 8.

⁶⁹ Art. 222 StPO in der Fassung gemäss Anhang Ziff. II 7 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19.3.2010, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 3267), dazu *Botschaft* StBOG BBl 2008 8125,

Art. 80 14, 15 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

(nachträgliche) Beschwerden gegen Telefonüberwachungen (Art. 279 Abs. 3 StPO), gegen Überwachungen von Bankbeziehungen (Art. 285 Abs. 4 StPO) und mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 281 Abs. 4 StPO) sowie gegen verdeckte Ermittlungen (Art. 298 Abs. 3 StPO).

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

- 14** Vom Prinzip des doppelten kantonalen Instanzenzugs gibt es (nunmehr⁷⁰) zwei Ausnahmen. Vom «Double Instance»-Erfordernis ausgenommen sind nach Art. 80 Abs. 2 Satz 3 die Fälle, in denen nach der schweizerischen Strafprozessordnung ein Zwangsmassnahmengericht oder ein anderes Gericht als einzige kantonale Instanz entscheidet:
- Das **Zwangsmassnahmengericht** entscheidet etwa als einzige kantonale Instanz über Anonymitätszusicherungen an gefährdete Personen (Art. 150 Abs. 2 StPO), die stationäre Begutachtung (Art. 186 Abs. 2 StPO), Entsigelungsgesuche der Staatsanwaltschaft (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO) und DNA-Massenuntersuchungen (Art. 256 StPO). Die von dieser Ausnahmeregelung betroffenen Entscheide lassen sich in der Strafprozessordnung entweder daran erkennen, dass keine explizite Beschwerdemöglichkeit vorgesehen ist (DNA-Massenuntersuchungen)⁷¹ oder daran, dass sie ausdrücklich als **«endgültig»** bezeichnet werden (z.B. die genannten Anonymitätszusicherungen, stationären Begutachtungen und Entsigelungsgesuche).⁷² Bezeichnet die Strafprozessordnung einen Entscheid als endgültig, so bedeutet dies nämlich nur, dass *«dagegen kein Rechtsmittel nach diesem Gesetz zulässig»* ist (Art. 380 StPO). Die Beschwerde in Strafsachen nach Bundesgerichtsgesetz bleibt möglich.⁷³ Diese direkte Anfechtbarkeit von Zwangsmassnahmengerichtsentscheiden stellt – zumindest für diejenigen Kantone, bei denen das Zwangsmassnahmengericht auf bezirksgerichtlicher Stufe angesiedelt ist – eine Ausnahme zu Art. 80 Abs. 2 Satz 1 dar, wonach als letzte kantonale Instanzen *obere* Gerichte eingesetzt werden.
 - Sodann gilt das «Double Instance»-Prinzip nicht, wenn ein **anderes Gericht** als einzige kantonale Instanz entscheidet (Art. 80 Abs. 2 Satz 3). Dies trifft etwa zu auf Haftentlassungsentscheide durch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts (Art. 233 StPO) oder für ober- respektive kantonsgerichtliche Entsigelungs- (Art. 248 Abs. 3 lit. b StPO) oder Begutachtungsentscheide (Art. 186 Abs. 3 StPO). Praktisch wichtig sind auch die Entscheide der Beschwerdeinstanz über die Verfahrenshandlungen zum Beispiel der Staatsanwaltschaft (Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO). Auch hier entscheidet die Beschwerdeinstanz als erste und einzige kantonale Instanz zum Beispiel über Beschwerden gegen Beschlagnahmen durch die Staatsanwaltschaft (Art. 263 ff. StPO). In all diesen Fällen stellt die direkte Anfechtbarkeit eine Ausnahme zu Art. 80 Abs. 2 Satz 2 dar, wonach die Vorinstanz des Bundesgerichts als *Rechtsmittelinstanz* zu entscheiden hat.
- 15** Mit der Bestimmung von Art. 80 Abs. 2 Satz 3 sollen gemäss Bundesrat die Ausnahmen vom «Double Instance»-Prinzip transparent gemacht werden.⁷⁴ Allgemein ausgedrückt

8184; vgl. noch Art. 221 E-StPO, BBl 2006 1389, 1454; dazu Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1312.

⁷⁰ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2518, weist zu Recht darauf hin, dass das Double-Instance Prinzip vor Einfügung von Art. 80 Abs. 2 Satz 3, AS 2010, 3294, ausnahmslos galt.

⁷¹ Z.B. Art. 20 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 256 StPO (Anordnung DNA Massenuntersuchung).

⁷² Art. 20 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 150 Abs. 2, Art. 186 Abs. 2; Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO.

⁷³ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1307.

⁷⁴ Botschaft StBOG BBl 2008 8125 ff., 8182.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

16–18 Art. 80

bedeutet die Ausnahmeregelung, dass letztinstanzliche kantonale Entscheide – bei Vorliegen der übrigen Eintretensvoraussetzungen (Art. 78, 81, 90 ff.) – mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden können, selbst wenn sie nicht von einem *oberen* kantonalen Gericht oder nicht von einer als *Rechtsmittelinstanz* agierenden Behörde gefällt wurden. Über den Sinn dieser Ausnahmeregelungen lässt sich streiten. Sie führt nämlich dazu, dass gewisse kantonal erst- und teilweise sogar unterinstanzliche Gerichtsentscheide direkt mit ordentlicher Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden können.

3. «Double Instance» im Bundesstrafverfahren?

Art. 80 Abs. 2 richtet sich seinem Wortlaut nach nur an die Kantone. Nur die Kantone müssen als letzte Instanzen obere Gerichte einsetzen. Die schweizerische Strafprozessordnung hat das «Double Instance»-Prinzip für das *kantonale* Strafverfahren umgesetzt. Alle kantonalen Strafurteile unterliegen der Berufung und damit einer umfassenden Rechts- und Sachverhaltskontrolle (Art. 389 StPO). So wurden insbesondere die Verfahren derjenigen Kantone rechtsstaatlich aufgewertet, die bisher Kapital- und grössere Wirtschaftsverbrechen erstinstanzlich durch Obergerichte beurteilen liessen. Gerade in derart einschneidenden Fällen gab es keine Berufung. Dieses Manko ist für das kantonale Strafverfahren nunmehr behoben. 16

Im **Bundesstrafverfahren** wurde das Prinzip der Doppelinstanzlichkeit nicht umgesetzt. Dies wurde anfänglich zwar erwogen,⁷⁵ dann jedoch verworfen.⁷⁶ Gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichts gibt es somit keine umfassende Berufung.⁷⁷ Die Urteile können lediglich mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden. Insbesondere in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellungen findet damit nur eine eingeschränkte Überprüfung der Urteile aus Bellinzona statt (Art. 97 Abs. 1). Das Bundesgericht hat sich für diesen Berufungsausschluss eingesetzt.⁷⁸ 17

Der Verzicht auf eine Berufungsinstanz im Bundesstrafverfahren wurde vom Bundesrat mit wirtschaftlichen Argumenten begründet. Er spricht bezeichnenderweise von einer «**Nulllösung**». Abgesehen von den Kostenargumenten überzeugt seine Begründung freilich nicht. Dass eine erweiterte Sachverhaltskontrolle durch das Bundesgericht «*systemwidrig*» sei, widerlegt er mit Hinweis auf Art. 97 Abs. 2 gleich selbst: Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Sachverhaltskontrolle in militär- und unfallversicherungsrechtlichen Angelegenheiten möglich, bei Bundesstrafverfahren hingegen aus systematischen Gründen ausgeschlossen sein soll. Ebenso wenig überzeugt, dass «*die Strafkammern des Bundesstrafgerichts Fachgerichte und daher mit Bezug auf die Qualität des Rechtsschutzes nicht mit einem erstinstanzlichen, kantonalen Strafgericht, sondern eher mit einem Handelsgerecht vergleichbar*» seien.⁷⁹ Die fehlende Appellabilität von Handels-⁸⁰ oder (früher) Geschworenengerichtsurteilen⁸¹ ist nicht deshalb weniger problematisch, weil diese Gerichte Fachgerichte sind. Auch die erstinstanzlichen kantonalen Strafge- 18

⁷⁵ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1382 und 1126 (mit missverständlichem Hinweis auf Botschaft 2001 4202, 4316).

⁷⁶ Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8144 ff.

⁷⁷ Vgl. bereits SCHMID, ZStrR 2006, 171; KISS, AJP 2003, 151.

⁷⁸ Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, 15 (bger.ch/gb2009_bger_d.pdf.)

⁷⁹ Alle Hinweise aus Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8144 ff.

⁸⁰ Art. 6 Abs. 1 ZPO.

⁸¹ Vgl. etwa § 410 und 428 StPO/ZH-2010.

Art. 80 19 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

richte, zum Beispiel in Basel-Stadt oder in Luzern,⁸² sind Fachgerichte. Das Fehlen einer Berufungsinstanz stellt vielmehr den Rechtsschutz auf den Kopf. Gerade in den heikelsten Fällen fehlt eine umfassende Überprüfungsmöglichkeit.⁸³ Dies trifft in besonderem Mass auf das Bundesstrafverfahren zu. Der Bundesgerichtsbarkeit unterliegen mehrheitlich schwere und schwerste Straftaten mit gravierenden Strafandrohungen.⁸⁴ Bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund auch, dass das Bundesgericht gegen eine Berufungsmöglichkeit lobbyiert hat.⁸⁵ Im Ergebnis hat es sich so mit Erfolg dafür eingesetzt, dass im Bundesstrafverfahren rechtsstaatliche Mindeststandards unterschritten werden. Zu Recht weist R. GARRÉ darauf hin, dass die fehlende Appellationsmöglichkeit das Rechtsgleichheitsgebot verletzt. Gegenüber den Appellanten in kantonalen Strafverfahren werden die Verurteilten im Bundesstrafprozess somit zu Parteien zweiter Klasse.⁸⁶ Es stünde dem Bund deshalb gut an, für diese Straftaten die rechtsstaatlichen Minima an Appellabilität vorzusehen, welche er den Kantonen nunmehr vorschreibt.

- 19** Das Parlament hat die Problematik unterdessen erkannt und dem Bundesrat eine Motion überwiesen, die – im Sinne der obigen Erwägungen – verlangt, die Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes zu erweitern. Sachverhaltsfeststellungen sollen überprüft werden können. Art. 97 Abs. 2 BGG soll wie folgt ergänzt werden: «*Richtet sich die Beschwerde gegen [...] ein Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes, so kann jede unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden*». Eine entsprechende Anpassung soll auch Art. 105 Abs. 3 BGG erfahren: «*Richtet sich die Beschwerde [...] gegen ein Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes, so ist das Bundesgericht nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden*».⁸⁷ Mit diesem Vorschlag wird als Minimallösung eine Sachverhaltskontrolle ermöglicht, ohne auf Bundesebene eine zweite Instanz zu schaffen. Von den kantonalen Regelungen unterscheidet sie sich einerseits dadurch, dass mit der Anrufung des Bundesgerichtes die zweite mit der dritten Instanz zusammenfällt. Vor allem aber erhebt das Bundesgericht – im Gegensatz zu einem kantonalen Appellationsgericht – keine eigenen Beweise.⁸⁸ Die Motion Janiak verkörpert das derzeit politisch Machbare und ist deshalb zu begrüßen. Mittelfristig wird der Bund jedoch nicht darum herum kommen, für die schweren Verbrechen in Bundeszuständigkeit ein eigenständiges Berufungsgericht zu schaffen.

⁸² § 1 Ziff. 2 und § 34 GOG/BS-2010; § 4 lit. b Entwurf EG-StPO/BS; § 12 Abs. 1 GOG/LU-2010; § 35 Entwurf-OGB/LU.

⁸³ Ähnlich Botschaft StPO BBI 2006 1085, 1126: «*Der Rechtsschutz darf für die schweren und komplexen Straffälle nicht weniger weit gehen als für die weniger schweren*».

⁸⁴ Art. 23 f. StPO.

⁸⁵ Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, 15 (bger.ch/gb2009_bger_d.pdf).

⁸⁶ GARRÉ, I principi, 35 ff.; das zweite Gegenargument verdanke ich einem persönlichen Hinweis von Bundesstrafrichter PD Dr. iur. R. Garré.

⁸⁷ Motion vom 17. März 2010 – «Erweiterung der Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes» von SR Claude Janiak (Curia Vista: 10.3138).

⁸⁸ BRin Simonetta Sommaruga, AB 2010 N 2151, Sitzung vom 17. Dezember 2010.

Art. 81

Beschwerderecht ¹ **Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer:**

- a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; und
- b. ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere:
 1. die beschuldigte Person,
 2. ihr gesetzlicher Vertreter oder ihre gesetzliche Vertreterin,
 3. die Staatsanwaltschaft,
 4. ...

(Aufgehoben durch Anhang 1 Ziff. II 3 der Strafprozessordnung vom 5. Okt. 2007, mit Wirkung seit 1. Jan. 2011; AS 2010 1881; BBl 2006 1085)

5. die Privatklägerschaft, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann,
6. die Person, die den Strafantrag stellt, soweit es um das Strafantragsrecht als solches geht,
7. die Staatsanwaltschaft des Bundes und die beteiligte Verwaltung in Verwaltungsstrafsachen nach dem Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht.

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

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

Qualité pour
recourir

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

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire, et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier:
 1. l'accusé,
 2. le représentant légal de l'accusé,
 3. l'accusateur public,
 4. ...
 5. la partie plaignante, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles,

Art. 81

3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

6. le plaignant, pour autant que la contestation porte sur le droit de porter plainte,

7. le Ministère public de la Confédération et les autorités administratives participant à la poursuite et au jugement des affaires pénales administratives selon la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif.

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

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

Diritto di ricorso

¹ Ha diritto di interporre ricorso in materia penale chi:

a. ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo; e

b. ha un interesse giuridicamente protetto all'annullamento o alla modifica della decisione impugnata, segnatamente:

1. l'imputato,

2. il rappresentante legale dell'accusato,

3. il pubblico ministero,

4. ...

5. l'accusatore privato, se la decisione impugnata può influire sul giudizio delle sue pretese civili;

6. il querelante, per quanto trattasi del diritto di querela come tale,

7. nelle cause penali amministrative secondo la legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo, il pubblico ministero della Confederazione e l'amministrazione interessata.

² Il pubblico ministero della Confederazione è inoltre legittimato a ricorrere se il diritto federale prevede che la decisione deve essergli comunicata, o essere comunicata a un'altra autorità federale, o se lui stesso ha delegato alle autorità cantonali l'istruzione e il giudizio della causa penale..

³ Il diritto di ricorrere contro le decisioni di cui all'articolo 78 capoverso 2 lettera b spetta inoltre alla Cancelleria federale, ai dipartimenti federali o, in quanto lo preveda il diritto federale, ai servizi loro subordinati, se la decisione impugnata viola la legislazione federale nella sfera dei loro compiti.

Inhaltsübersicht

Note

I. Beschwerdelegitimation im Allgemeinen	1
1. Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren (Abs. 1 lit. a).....	3
2. Rechtlich geschütztes Interesse (Abs. 1 lit. b)	4
II. Beschwerdelegitimierte im Einzelnen	13
1. Beschuldigte Person (Ziff. 1)	13
2. Die gesetzlichen Vertreter (Ziff. 2).....	14
3. Kantonale Staatsanwaltschaft (Ziff. 3)	16

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

1, 2 Art. 81

4. Staatsanwaltschaft des Bundes/Bundesanwaltschaft (Ziff. 3)	18
5. Privatstrafkläger (ehemals Ziff. 4).....	20
6. Privatkläger (Ziff. 5).....	22
7. Opfer (Ziff. 5)	31
8. «Einfache» Geschädigte? (Ziff.5)	47
9. Strafantragsteller/in (Ziff. 6)	63
10. Beschwerdeberechtigung in Verwaltungsstrafsachen (Ziff. 7)	66
11. Beschwerdeberechtigung in Mitteilungs- und Delegationsstrafsachen (Abs. 2).....	67
12. Behördenlegitimation betreffend Straf-/Massnahmenvollzug (Abs. 3)	69
13. Weitere Legitimierte	72

Materialien

Vgl. Materialien bei Art. 78. Zur Aufhebung von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 4: Aufgehoben durch Anhang 1 Ziff. II 3 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, mit Wirkung seit 1. Januar 2011 (AS 2010 1881; BBl 2006 1085). Zur Änderung von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5: Fassung gemäss Anhang Ziff. II 5 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19. März 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2011 (AS 2010 3267; BBl 2008 8125). Zur Änderung von Art. 81 Abs. 1 Ziff. 7: Eingefügt durch Ziff. II 8 des BG vom 20. März 2008 zur formellen Bereinigung des Bundesrechts (AS 2008 3437; BBl 2007 6121). Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 3 der Strafprozessordnung vom 5. Okt. 2007, in Kraft seit 1. Jan. 2011 (AS 2010 1881; BBl 2006 1085). Zur Änderung von Art. 81 Abs. 2: Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 3 der Strafprozessordnung vom 5. Okt. 2007, in Kraft seit 1. Jan. 2011 (AS 2010 1881; BBl 2006 1085).

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 78.

I. Beschwerdelegitimation im Allgemeinen

Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen *und* ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat.¹ Art. 81 stellt somit zwei **kumulativ** zu erfüllende Legitimationsvoraussetzungen auf. Es folgt eine beispielhafte Aufzählung («insbesondere») beschwerdeberechtigter Personen. Wie von SCHMID² zutreffend hervorgehoben wurde, ist die Norm strukturiert als «**Generalklausel mit Regelbeispielen**». Dies führt unweigerlich zur Frage, ob es nicht enumerierte Personen gibt, die zur Beschwerde berechtigt sind. Ohne dem im Einzelnen vorgreifen zu wollen, sind nach dem Willen des Gesetzgebers alle Personen zur Beschwerde legitimiert, die eine Verfahrensteilnahme oder den Verfahrensausschluss vor Vorinstanz sowie ein rechtlich geschütztes Interesse nachweisen können, unabhängig von einer Nennung in der nachfolgenden Liste.³

Auch das Bundesgericht besteht auf der kumulativen Erfüllung der Voraussetzungen von lit. a und b. Das bedeutet einerseits, dass auch die in Art. 81 Abs. 1 lit. b beispielhaft aufgeführten Personen, die in der Regel beschwerdebefugt sind, im Einzelfall ein

¹ BGE 133 IV 121, E. 1.1; THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 655 f.

² SCHMID, ZStrR 2006, 179.

³ BGE 133 IV 121, E. 1.1; Botschaft 20014318; in den parlamentarischen Debatten hat die Strukturierung der Beschwerderechtsklausel zu keinen Diskussionen Anlass gegeben.

Art. 81 3 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

Rechtsschutzinteresse nachzuweisen haben.⁴ Andererseits sind auch dort nicht aufgeführte Personen beschwerdebefugt, sofern sie ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids haben.⁵

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

- 3** Die erste allgemeine Legitimationsvoraussetzung zur Beschwerde in Strafsachen ist die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren,⁶ respektive der zu Unrecht erfolgte Ausschluss davon. Massgeblich sollte der formelle Einbezug in das vorinstanzliche Verfahren und nicht die materielle Verfahrensbeteiligung sein.⁷ Die diesbezügliche Erläuterung in der Botschaft, wonach für sich die Verfahrensteilnahme zumindest in der Stellung von **Anträgen** manifestiert haben müsse, wurde mit Recht als zu weit gehend kritisiert.⁸ Bei einem Freispruch in erster Instanz hat die beschuldigte Person unter Umständen keine Veranlassung, Appellationsanträge zu stellen. Trotzdem muss sie gegen eine zweitinstanzliche Verurteilung Beschwerde in Strafsachen erheben können. Öffentliche Ankläger und Beschuldigte erfüllen das Teilnahmeerfordernis aufgrund ihrer Parteistellung vor Vorinstanz unabhängig von allfällig gestellten Anträgen. Das Gleiche müsste auch für die Privatklägerschaft gelten. Auch sie ist Partei im Strafverfahren (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Als solche sollte auch für sie das Erfordernis der vorinstanzlichen Verfahrensteilnahme unabhängig davon als erfüllt gelten, ob sie an der obergerichtlichen Hauptverhandlung anwesend war (Art. 338 Abs. 1 StPO) oder Anträge (Art. 346 Abs. 1 lit. b StPO) gestellt hat. Anders zu entscheiden, hiesse sie gegenüber der beschuldigten Person oder der Staatsanwaltschaft als Partei zweiter Klasse zu behandeln. Ob das Bundesgericht Privatkläger unabhängig von bei der Vorinstanz gestellten Anträgen zur Beschwerde zulassen wird, ist offen. Nach bisheriger Rechtsprechung konnte sich das Opfer gegen Freisprüche nur zur Wehr setzen, wenn es seine Schadenersatzansprüche im Strafverfahren bereits substantiiert geltend gemacht hat.⁹ Diese Voraussetzung wird beim Privatkläger in der Regel erfüllt sein. Nach Art. 123 Abs. 2 StPO hat die Bezifferung und Begründung der Zivilklage spätestens im (erstinstanzlichen) Parteivortrag zu erfolgen. Doch auch hier stellt sich die Frage, ob die erstinstanzlich im Zivilpunkt vollständig obsiegende Privatklägerin nur schon deshalb vor Obergericht Appellationsanträge stellen muss, um im Hinblick auf eine allfällige Beschwerde in Strafsachen das Teilnahmeerfordernis von Art. 78 Abs. 1 lit. a zu erfüllen.

Die Voraussetzung, wonach auch zur Beschwerde legitimiert ist, wem die **Teilnahme** am vorinstanzlichen Verfahren **verwehrt** wurde, ist wohl am ehesten auf Opfer und Geschädigte zugeschnitten, die aus irgendwelchen Gründen nicht (z.B. als Privatkläger) zum Verfahren zugelassen wurden. Sie betrifft jedenfalls nicht den unentschuldig abwesenden Angeklagten. Bei **Abwesenheits-/Kontumazialurteilen** kann eine Beschwerde erst erhoben werden, wenn ein Wiederaufnahmebegehren gestellt und eine Verurteilung im gewöhnlichen Verfahren verlangt wurde. Vorher fehlt es an der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs. Wenn der Verurteilte dieses Gesuch nicht oder nicht rechtzeitig stellt, ist

⁴ Nach DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2551, besteht bei den in Art. 81 Abs. 1 lit. b genannten Personen eine Vermutung der Betroffenheit in rechtlich geschützten Interessen.

⁵ BGE 133 IV 121, E. 1.1.; BGer, StA, 12.8.2008, 6B_482/2007, 6B_483/2007, 6B_176/2008, 6B_180/2008, E. 16.1.

⁶ BGE 133 I 273, E. 1.1.

⁷ MEYER, ZBJV 2010, 849.

⁸ Kritik und eingehende Begründung bei SCHMID, ZStrR 2006, 178 f., und TSCHANNEN-BOMMER, 171.

⁹ BGer, StA, 30.6.2009, 6B_260/2009, E. 2.2.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

4 Art. 81

das Kontumazialurteil nicht anfechtbar.¹⁰ Die Teilnahme muss nicht aktiv verwehrt worden sein. Es reicht, wenn der Partei die Verfahrensteilnahme wegen unterbliebener **Mitteilung** faktisch verunmöglicht wird: Trotz fehlender Verfahrensteilnahme wurde ein Insolvenzverwalter zur Beschwerde zugelassen. Er hatte keine Möglichkeit am vorinstanzlichen Verfahren teilzunehmen, da ihm der bezirksgerichtliche Entscheid nicht mitgeteilt worden war.¹¹

Die Voraussetzung der Verfahrensteilnahme vor der Vorinstanz wirkt auch in Bezug auf die **öffentlichen Ankläger** Fragen auf. In einem Zürcher Fall wurde die Anklage im obergerichtlichen Verfahren vom Statthalteramt Pfäffikon vertreten, die Beschwerde in Strafsachen indes von der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhoben, obwohl diese am obergerichtlichen Verfahren nicht teilgenommen hatte. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Oberstaatsanwaltschaft das Rechtsmittelverfahren zwar nicht selbst geführt, ihre Interessen aber durch eine ihr untergeordnete Behörde mittelbar hat wahrnehmen lassen und insoweit am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt war.¹² Die Oberstaatsanwaltschaft wurde somit im Ergebnis trotz fehlender unmittelbarer Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz zur Beschwerde zugelassen. Damit übernimmt das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum alten Verfahrensrecht, wonach grundsätzlich stets die obersten kantonalen Anklagebehörden die Beschwerde vor Bundesgericht vertreten sollen.¹³ Diese Rechtsprechung lässt sich ohne Weiteres mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ist «die Staatsanwaltschaft» und nicht «der Staatsanwalt» zur Beschwerde legitimiert. Das Beschwerderecht steht somit der kantonalen Anklagebehörde und nicht der Person des Anklägers zu. Wer die kantonale Anklagebehörde vor Bundesgericht vertritt, ist im kantonalen Gerichtsorganisationsrecht geregelt (vgl. etwa § 107 Abs. 1 lit. a GOG/ZH).

Das Bundesgericht bezeichnete es als fraglich, ob das **Amt für Justizvollzug** in einem Verfahren betreffend die bedingte Entlassung aus der Verwahrung als Teilnehmer am verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. a zu betrachten ist, liess die Frage schliesslich jedoch wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses des Amts für Justizvollzug offen. Im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs (Art. 78 Abs. 2 lit. b) ist die Wahrung rein öffentlicher Interessen nach Art. 81 Abs. 3 dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement vorbehalten.¹⁴

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

Die zweite allgemeine Beschwerderechtsvoraussetzung ist der Nachweis der Verletzung **4** rechtlich geschützter Interessen. Die Terminologie ist aus **Art. 88 OG** übernommen. Bei der Auslegung kann deshalb die frühere Legitimationspraxis zur staatsrechtlichen Beschwerde beigezogen werden. Aus der Anlehnung an die Rechtsprechung zur staatsrechtlichen Beschwerde ergibt sich, dass das Rechtsschutzinteresse **aktuell** zu sein hat,¹⁵ auch wenn diese Einschränkung nach wie vor nicht explizit aus dem Gesetzestext hervorgeht. Dem Bundesgericht konnten bereits bisher keine **abstrakten Rechtsfragen** unterbreitet werden.¹⁶ Der Beschwerdeführer muss ein aktuelles praktisches Interesse an

¹⁰ BGE 121 IV 340; 106 IV 227, E. 2; 80 IV 137.

¹¹ BGE 135 I 63, E. 1.1.1.

¹² BGE 134 IV 36, E. 1.3.

¹³ BGE 131 IV 142.

¹⁴ BGE 133 IV 121, E. 1.2

¹⁵ BGE 131 I 153, E. 1.3.

¹⁶ BGE 124 IV 94, E. 1c; 116 Ia 359, E. 2a.

Art. 81 5–7 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

der Behandlung der Beschwerde haben. Dieses prozessökonomische Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet.¹⁷

- 5 Nach der bisherigen Rechtsprechung fehlte es an der Aktualität etwa bei einer Beschwerde gegen ein abgelehntes Haftentlassungsgesuch, wenn der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit aus der **Haft entlassen** wurde. Wenn ausnahmsweise ein grundsätzliches Interesse an der Beantwortung potentiell wiederkehrender und verfassungsrechtlich kaum je überprüfbarer Fragen bestand, wurde auf die Beschwerden eingetreten. Als grundsätzlich wurde die Frage eingestuft, ob im Jugendstrafverfahren ein kantonales Rechtsmittel gegen Haftentscheide vorzusehen sei.¹⁸ In der Regel wurde aber auf Beschwerden Entlassener mangels Aktualität des Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten. Den Beschwerdeführern wurde entgegen gehalten, dass sie die Rechtmässigkeit der Haft später noch im Entschädigungsverfahren thematisieren können.¹⁹
- 6 Diese Rechtsprechung scheint das Bundesgericht nun schrittweise **aufgeben** zu wollen. Auch nach der Entlassung besteht noch ein Interesse an der Feststellung von BV- und EMRK-Verletzungen in Haftverfahren. Für den EGMR stellt die Aktualität des Rechtsschutzinteresses bei der Überprüfung von Konventionsverletzungen kein relevantes Kriterium dar. Die Verweisung in das Entschädigungsverfahren verletzt nach der Strassburger Rechtsprechung das Recht auf eine wirksame Beschwerde.²⁰ BGE 136 I 274 ist auch deshalb ein bemerkenswerter Entscheid, weil das Bundesgericht die Konventionsverletzung im Dispositiv festhält.²¹ Diese Feststellung wird verbunden mit einer vorteilhaften Kostenregelung. Damit wird dem Beschwerdeführer eine hinreichende Wiedergutmachung im Sinne von Art. 41 EMRK verschafft.²² Das Bundesgericht nimmt so vorweg, was der EGMR als «satisfaction équitable» in eigener Kompetenz anordnen könnte. Mit dieser sehr zu begrüssenden Praxiserweiterung kommt Lausanne einer Verurteilung in Strassburg zuvor.²³ Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht in solchen Fällen künftig vermehrt in eigener Kompetenz Haftentschädigungen aussprechen wird.
- 7 Eine weitere Folge, die sich aus der Anlehnung an die altrechtlichen Legitimationsvoraussetzungen ergibt, ist, dass der Beschwerdeführer nachweisen muss, in **rechtlich** geschützten Interessen verletzt worden zu sein. Faktische Interessen genügen nicht.²⁴ Nach der Botschaft ist geltend zu machen, dass «*der Akt eine Norm verletzt, deren Ziel es ist, die Interessen des Beschwerdeführers zu schützen und die ihm auf diese Weise ein subjektives Recht einräumt*».²⁵ Diese Voraussetzung ist etwa erfüllt, wenn sich Geschä-

¹⁷ BGE 136 I 274, E. 1.3; 133 II 81, E. 3.

¹⁸ BGE 133 IV 267, nicht publ. E. 2.1 (BGer, StA, 23.8.2007, 1B_156/2007).

¹⁹ Vgl. BGE 125 I 394, worin klargestellt wird, dass die Rechtmässigkeit der Haft nach der Entlassung nur noch im Entschädigungsverfahren thematisiert werden kann. Zur Effizienz von Haftbeschwerden vgl. Urteil des EGMR i.S. R.M.D. c. Suisse vom 26.9.1997.

²⁰ BGE 136 I 274, E. 1 m.Hinw. auf EGMR-Urteile i.S. Camenzind gegen Schweiz (Nr. 136/1996/755/954) vom 16.12.1997, Ziff. 51 ff. und Kaiser gegen Schweiz (Nr. 17073/04) vom 15.3.2007, Ziff. 13 und 38 ff.; vgl. auch BGer, I. ÖRA, 12.7.2010, 1B_161/2010, E. 1.

²¹ BGE 136 I 274 (BGer, I. ÖRA, 11.5.2010, 1B_326/2009 Dispositivziffer 1: «*In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass der Anspruch des Beschwerdeführers auf unverzügliche Vorführung vor einen Richter nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK verletzt worden ist.*»

²² BGE 136 I 274, E. 2 m.Hinw. auf BGE 135 II 334, E. 3, 130 I 312, E. 5.3.

²³ Zur Vermeidung einer Verengung des Rechtsschutzes vor BGer im Verhältnis zu den Rügemöglichkeiten vor dem EGMR, vgl. AEMISEGGER, Jusletter 2009, Ziff. 2.3.4 und Ziff. 5.

²⁴ BGE 133 IV 121, E. 1.2; BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.

²⁵ Botschaft 2001 4328; in BGE 131 IV 191, E. 1.2, wurde das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers verneint mit der Begründung, dass der (damalige) Art. 10c Abs. 1 OHG die Interessen des Kindes und nicht seine schütze.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

8–10 Art. 81

digte gegen den Verzicht auf **Einziehung** beziehungsweise ersatzweise Einforderung der Erträge, die **Verwendung** des **Verwertungserlöses** (Art. 73 Abs. 1 StGB)²⁶ oder gegen die **Aufhebung** von **Kontosperren** und die Herausgabe beschlagnahmter Vermögenswerte (Art. 70 Abs. 1 StGB) wenden. Diese Bestimmungen gewähren ihnen ein Recht auf Zusprechung eingezogener Vermögenswerte. Ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids ist daher zu bejahen.²⁷

Normalerweise bereitet der Nachweis der Verletzung rechtlich geschützter Interessen **8** keine grossen Schwierigkeiten. Insbesondere im Hauptanwendungsfall der Beschwerde durch **Verurteilte** finden sich in den Urteilen der Strafrechtlichen Abteilung keine gesonderten Eintretenserwägungen zum rechtlich geschützten Interesse. Es wird wohl davon ausgegangen, dass der Verurteilte in rechtlich geschützten Vermögens- und Freiheitsinteressen betroffen ist. Verurteilte können in strafrechtlichen Beschwerden die Verletzung aller Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, des Nebenstrafrechts und neu auch des schweizerischen Strafprozessrechts geltend machen, ohne dass geprüft würde, ob *«der Akt eine Norm verletzt, deren Ziel es ist, die Interessen des Beschwerdeführers zu schützen und die ihm auf diese Weise ein subjektives Recht einräumt»*. Faktisch wird ihnen damit ein rechtlich geschütztes Interesse an der richtigen (Bundes-)Rechtsanwendung zugestanden.

Was hingegen auch bei Beschuldigten/Verurteilten geprüft wird, ist die **Beschwer**. **9** Aus dem Urteilsdispositiv ergibt sich, *wer* durch den Entscheid beschwert ist.²⁸ Ein Arbeitgeber kann deshalb die Verurteilung eines Angestellten zu einer Freiheitsstrafe nicht anfechten.²⁹ Weil sich die Beschwer aus dem Dispositiv ergibt, besteht kein Interesse an der Anfechtung der *Entscheidbegründung*. Im Grundsatz leuchtet dies ein. Doch sind Fälle denkbar, in denen ein **Freigesprochener** durch die Begründung beschwert ist. Wird zum Beispiel ein Lehrer vom Vorwurf sexueller Übergriffe auf Schüler freigesprochen, so macht es im Hinblick auf seine weitere Anstellung einen grossen Unterschied, ob er (bloss) wegen Verjährung oder mangels Nachweis der Taten freigesprochen wird. Gleichwohl kann er den Entscheid nicht anfechten. Nach ständiger Rechtsprechung fehlt nach Eintritt der Verjährung ein rechtlich geschütztes Anfechtungsinteresse.³⁰

Im Gegensatz zum Beschuldigten, der (allenfalls) ein Rechtsschutzinteresse im Sinne **10** der *allgemeinen* Beschwerde Voraussetzung von Art. 81 Abs. 1 lit. b nachzuweisen hat, wird das rechtlich geschützte Interesse bei der **Privatklägerschaft** und dem Strafantragsteller durch die *besonderen* Einschränkungen bei der Beschwerdelegitimation vorgegeben. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, *«wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann»*. Ein rechtlich geschütztes Anfechtungsinteresse hat die Privatklägerschaft damit nur im Umfang der Zivilanspruchsrelevanz des angefochtenen Entscheids³¹. Das Gleiche gilt für den **Strafantragsteller**. Diesem werden rechtlich geschützte Anfechtungsinteressen nur insoweit zugestanden, als es um *«das Strafantragsrecht als solches geht»* (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 6).

²⁶ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.2; StA, 24.8.2009, 6B_53/2009, E. 1.2.

²⁷ BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/2007, E. 1.4 m.Hinw. auf BGE 126 I 97, E. 1a.

²⁸ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2551.

²⁹ Beispiel von KARLEN, BGG, 47.

³⁰ BGer, StA, 17.7.2009, 6B_301/2009, E. 1.4 m.Hinw.

³¹ Dazu im Detail die Kommentierung zur Legitimation der Privatkläger (N 9a), Opfer (N 10) und einfachen Geschädigten (N 13h).

Art. 81 11, 12 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

- 11** Die **Staatsanwaltschaft** hat nach der Rechtsprechung immer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Das Bundesgericht führte im Leitentscheid hierzu aus: «*Unter der neuen Verfahrensordnung wird der Staatsanwaltschaft das Beschwerderecht in Strafsachen ausdrücklich und dem Wortlaut nach ohne Einschränkung zuerkannt (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG). Die Legitimation leitet sich aus dem staatlichen Strafanspruch ab, den sie zu vertreten hat. Daher verfügt sie grundsätzlich über ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids, das zur Erhebung der Beschwerde in Strafsachen berechtigt.*»³² Der Staatsanwaltschaft wird damit – ebenso wie dem Beschuldigten – faktisch ein rechtlich geschütztes Interesse an der **richtigen Rechtsanwendung** zugestanden. Ob dies – insbesondere bei der Geltendmachung von Verfassungsrechten – sachgerecht ist, ist eine andere Frage.³³ Nicht geklärt ist, woraus sich bei der Staatsanwaltschaft die Beschwer ergibt. Ist die Staatsanwaltschaft nur insoweit beschwert, als die letzte kantonale Instanz ihren Anträgen nicht vollständig stattgibt, oder ist sie unabhängig von letztinstanzlich gestellten Anträgen beschwerdelegitimiert?
- 12** Das Bundesgericht hat sich in seiner amtlich publizierten Rechtsprechung nur vereinzelt zum rechtlich geschützten Anfechtungsinteresse bei strafrechtlichen Beschwerden geäußert:
- Das Zürcher **Amt für Justizvollzug** hat gemäss Bundesgericht kein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung eines Entscheids zur bedingten Entlassung aus der Verwahrung. Es vertritt ausschliesslich öffentliche Interessen. Zwar ist es durch den angefochtenen Entscheid beschwert, indem es den Beschwerdegegner gegen seine Überzeugung begutachten lassen muss. Dies ist indes nur ein faktisches Interesse. Dies genügt nicht zur Ergreifung einer Beschwerde in Strafsachen. Im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs (Art. 78 Abs. 2 lit. b) ist die Wahrung rein öffentlicher Interessen nach Art. 81 Abs. 3 dem **Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement** vorbehalten.³⁴
 - Der Betroffene hat kein rechtlich geschütztes Interesse an Anfechtung der **Verrechnung** einer Kautions, die nachweislich von einem Dritten geleistet wurde.³⁵
 - Die Konkursmasse einer AG, welche für einen Dritten eine (Flucht-)Kautions gestellt hat, ist durch den Entscheid über die Freigabe und Verrechnung der **Kautions** in rechtlich geschützten Interessen betroffen. Hierzu ist weder die vorgängige Durchführung eines Anerkennungsverfahrens nach Art. 166 ff. IPRG noch die Anhebung eines Anschlusskonkurses erforderlich.³⁶
 - Der angebliche Inhaber eines Bankguthabens hat ein rechtlich geschütztes Interesse, sich gegen die **Einziehung** des **Bankguthabens** zur Wehr zu setzen.³⁷

³² BGE 134 IV 36, E. 1.4.3; Commentaire LTF-FERRARI, Art. 81 N 29.

³³ Vgl. dazu Art. 81 N 7 ff. in der Voraufgabe; THOMMEN, forumpoenale 3/2011, 4 f. (betr. Staatsanwaltschaftliche Anfechtung einer Haftentlassung); s.a. DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2560 f.

³⁴ BGE 133 IV 121, E. 1.2

³⁵ BGer, StA, 8.1.2008, 6B_277/2007, E. 7.4.

³⁶ BGE 135 I 63, E. 1.1.

³⁷ BGE 133 IV 278, E. 1.3.

II. Beschwerdelegitimierte im Einzelnen

1. Beschuldigte Person (Ziff. 1)

Wie erwähnt, ergibt sich die Beschwerde des Beschuldigten aus dem Urteilsdispositiv. Im Rahmen seiner **Verurteilung** ist der «Beschuldigte» (recte: Verurteilte) beschwert und somit uneingeschränkt zur Beschwerde sowohl im Straf- als auch im Zivilpunkt³⁸ legitimiert. Diese Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn die Vorinstanz nach der Schuldigerklärung von **Strafe Umgang** genommen hat. Der Betroffene hat in diesem Fall ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des Schuldspruchs.³⁹ Nicht beschwert ist der Beschuldigte im Fall eines **Freispruchs**. Dies scheint selbstverständlich, ist jedoch bei genauerem Hinsehen nicht zwingend. Wird eine Täterin infolge Schuldunfähigkeit freigesprochen,⁴⁰ so ist sie insoweit beschwert, als sie die zugrundeliegende Diagnose einer «schizoaffektiven Störung» bestreitet. Selbstverständlich ist sie in diesem Fall (zusätzlich) durch die angeordnete Massnahme nach Art. 59 StGB beschwert.⁴¹ Wird – nach einem bereits erwähnten Beispiel – ein Lehrer vom Vorwurf sexueller Übergriffe auf Schüler mit der Begründung freigesprochen, die Taten seien verjährt, so ist er durch diese Begründung beschwert, wenn ihm die Tatbegehung unabhängig von der Verjährung nicht rechtsgenügend hätte nachgewiesen werden können. Gleichwohl würde die Beschwerdelegitimation nach ständiger Rechtsprechung verneint, weil an der Anfechtung verjährter Taten kein Rechtsschutzinteresse besteht.⁴²

2. Die gesetzlichen Vertreter (Ziff. 2)

Die gesetzlichen Vertreter sind gemäss Ziff. 2 zur Beschwerde zugelassen. Aus dem Wortlaut («ihr gesetzlicher Vertreter») ist zu schliessen, dass nur die Vertreter der beschuldigten Person legitimiert sein sollen. Da jedoch den Opfern von Bundesrechts wegen dieselben Rechtsmittelbefugnisse zustehen wie der beschuldigten Person ist nicht einsichtig,⁴³ weshalb nicht auch deren gesetzliche Vertreter zur Beschwerde legitimiert sein sollten. Nimmt man die Gleichbehandlung der Parteien ernst, so müssten konsequenterweise auch die gesetzlichen Vertreter der als Privatkläger konstituierten Geschädigten beschwerdeberechtigt sein. Gesetzliche Vertretungsrechte haben nach dem noch geltenden Recht nur die **Eltern** und **Vormünder** sowie in gewissen Fällen **Beistände**,⁴⁴ hingegen haben **Ehegatten** (derzeit noch) **kein** gesetzliches Vertretungsrecht. Nach dem frühestens per 1.1.2013 geltenden neuen Erwachsenenschutzrecht sind in erster Linie die **Vorsorgebeauftragten** (Art. 360 nZGB) zur Vertretung befugt. Auch Ehegatten können zum Vertretungsbefugten ernannt werden. Subsidiär sind – je nach Einschränkung der Handlungsfähigkeit – die **Beistände** (Art. 390 ff. nZGB) vertretungsberechtigt.⁴⁵

Dass Eltern, Vormünder und Beistände zur Prozessführung berechtigt sind, bedeutet nicht, dass ihre Vertretungsbefugnisse exklusiv sind. Unmündige Jugendliche oder entmündigte

³⁸ Zum Zivilpunkt eingehend Art. 78 N 12 ff.

³⁹ BGE 101 IV 324, E. 1.

⁴⁰ Vgl. BGE 115 IV 221; vgl. Commentaire LTF-FERRARI, Art. 81 N 21.

⁴¹ Vgl. den Sachverhalt von BGer, StA, 1.11.2010, 1B_327/2010, wo allerdings nicht der Freispruch, sondern die Aufrechterhaltung der Haft angefochten wurde.

⁴² BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/2007, E. 1.4 m. Hinw. auf BGE 126 I 97, E. 1a.

⁴³ Ehemals: Art. 37 Abs. 1 lit. c OHG; heute ergibt sich die Gleichstellung des als Privatkläger konstituierten Opfers mit dem Beschuldigten aus Art. 104 und 382 StPO.

⁴⁴ Eltern: Art. 296 Abs. 1 i.V.m. Art. 304 Abs. 1 ZGB; Vormund: Art. 407 ZGB; Vertretungsbeistand: Art. 392 ZGB.

⁴⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008 (Referendumsvorlage), BBl 2009 141 ff.

Art. 81 15–17 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

Erwachsene üben im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit Rechte selbständig aus, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (Art. 19 Abs. 2 ZGB; s.a. Art. 11 Abs. 2 BV). Zu diesen höchstpersönlichen und im Konfliktfall der Vertretungsmacht vorgehenden Rechten gehört auch die Befugnis Rechtsmittel zu ergreifen.⁴⁶ Nicht mehr eo ipso legitimiert sind die **Angehörigen verstorbener Angeklagter**. Sie können jedoch beim Nachweis schützenswerter rechtlicher Interessen zur Beschwerde zugelassen werden.⁴⁷ Zur Vermeidung von Missverständnissen sei angemerkt, dass mit gesetzlicher Vertreter nicht der (amtliche) **Verteidiger** der beschuldigten Person gemeint ist. Dieser ist mangels Beschwer nicht zur Beschwerde legitimiert.⁴⁸ Er führt die Beschwerde namens und auftrags seines beschwerdelegitimierten Mandanten. Der **amtliche Verteidiger** ist in eigenem Namen zur Beschwerde berechtigt, soweit es um sein Verteidigungsmandat geht.⁴⁹

- 15** Der **Insolvenzverwalter** einer in Konkurs gefallenen AG, welche für einen Beschuldigten eine Kautionsleistung geleistet hat, ist als **Prozessstandschafter** zur Erhebung der Beschwerde an das Bundesgericht in eigenem Namen (aber fremdem Interesse) legitimiert.⁵⁰

3. Kantonale Staatsanwaltschaft (Ziff. 3)

- 16** Zu den gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b «insbesondere» beschwerdeberechtigten Parteien gehört gemäss Ziff. 3 auch die Staatsanwaltschaft (Art. 12 lit. b StPO). Die Staatsanwaltschaft ist für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zuständige **Untersuchungs- und Anklagebehörde** (Art. 16 StPO). Damit sind die kantonalen Staatsanwaltschaften (Art. 14 StPO) sowie die Bundesanwaltschaft (Art. 7 StBOG; vgl. hinten N 7a) gemeint.
- 17** Ob auch die **Übertretungsstrafbehörden** beschwerdeberechtigt sind, ist noch offen. Nach Art. 357 Abs. 1 StPO haben die zur Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen eingesetzten Verwaltungsbehörden die Befugnisse der Staatsanwaltschaft. SCHMID vertritt die Auffassung, dass sich diese Bestimmung nur auf die kantonalen Rechtsmittel bezieht. Hierfür spricht Art. 104 Abs. 2 StPO. Danach *können* Bund und Kantone weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen. Soweit sie es für die Übertretungsstrafbehörden im bundesgerichtlichen Verfahren nicht explizit tun, fällt eine Beschwerdebefugnis ausser Betracht. Zu beachten ist aber andererseits, dass es den Kantonen freisteht, die Verfolgung von Übertretungen bei der Staatsanwaltschaft zu belassen (Art. 17 Abs. 1 StPO e contrario). Da die Staatsanwaltschaften – wie sogleich aufgezeigt wird – in vollem Umfang zur Beschwerde berechtigt sind, könnten sie auch in Übertretungsangelegenheiten Beschwerde führen. Mit anderen Worten hätten es die Kantone in der Hand, über ihre Organisationsgesetze eine ansonsten fehlende Beschwerdeberechtigung für Übertretungsstrafbehörden zu schaffen. Ein Ausweg besteht darin, in den Kantonen mit separaten Übertretungsstrafbehörden, eine strafrechtliche Beschwerde durch die (übergeordnete) Staatsanwaltschaft führen zu lassen. So erhob die Oberstaatsanwaltschaft

⁴⁶ BGE 120 Ia 369, E. 1; s.a. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, § 39 N 28; SCHMID, ZStrR 2006, 181.

⁴⁷ Vgl. Art. 270 lit. b aBSTP; Botschaft 20014318. Zu den Unwägbarkeiten der alten Regelung eingehend SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde, 74 ff.

⁴⁸ So aber SCHMID, ZStrR 2006, 181 m.V. auf Art. 39 ff. Die Bestimmungen regeln nur die Voraussetzungen, unter welchen Rechtsvertreter zur Verteidigung befugt sind. Zum Ganzen vgl. BGer, StA, 12.5.2005, 6S.15/2005.

⁴⁹ BGE 133 IV 335; kritisch zum rechtlich geschützten Interesse SCHMID, Handbuch, N 1652 FN 515.

⁵⁰ BGE 135 I 63, E. 1.1.2.

des Kantons Zürich für das in einer jagdrechtlichen Übertretungssache zuständige Statthalteramt Pfäffikon Beschwerde an das Bundesgericht.⁵¹

Vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes wurde intensiv über den Umfang der **Beschwerdeberechtigung** der Staatsanwaltschaft debattiert. Im ersten Grundsatzurteil hat das Bundesgericht entschieden, dass die (kantonalen) Staatsanwaltschaften umfassend zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sind. Es leitet die Legitimation aus dem staatlichen Strafanspruch ab, den die Staatsanwaltschaft zu vertreten hat. Nach dieser Rechtsprechung hat die Staatsanwaltschaft daher immer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids.⁵² Damit hat das Bundesgericht die Debatte über das Ausmass der staatsanwaltschaftlichen Beschwerdeberechtigung im Sinne der Staatsanwaltschaften entschieden.⁵³ Diese kann nunmehr alle Beschwerdegründe nach Art. 95–98 vorbringen, namentlich auch die Verletzung von Grundrechten sowie **Willkür** in der Sachverhaltsfeststellung und in der Anwendung kantonalen Rechts.⁵⁴

Das Bundesgericht scheint gewillt, die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft kontinuierlich auszubauen. In einem der ersten Grundsatzentscheide zur neuen Strafprozessordnung hat es entschieden, die Staatsanwaltschaft zur Beschwerde gegen zwangsmassnahmengerichtliche Haftentlassungsentscheide zuzulassen.⁵⁵ Dieser Entscheid ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang zu bringen. Nach Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO ist die Beschwerde gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nur «*in den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen*» zulässig. Art. 222 nennt als Haftbeschwerdeberechtigte nur die «*verhaftete Person*».⁵⁶ Der Entscheid ist in einem weiteren Kontext so zu verstehen, dass das Bundesgericht die Staatsanwaltschaft je länger je mehr nicht mehr bloss als Parteivertreterin, sondern als objektive Hüterin der richtigen Anwendung bundesrechtlicher Bestimmungen im Straf- und Strafprozessrecht sieht.⁵⁷

Nach der altrechtlichen Bundesgerichtspraxis hatte stets die **oberste kantonale Anklagebehörde** die Beschwerde vor Bundesgericht zu vertreten.⁵⁸ Diese Praxis hat das Bundesgericht wohl implizit ins neue Recht überführt, indem es im soeben erwähnten Leiturteil die Oberstaatsanwaltschaft an Stelle des vor Vorinstanz aufgetretenen Bezirksstatthalteramts zur Beschwerde zuliess.⁵⁹ Die Einschränkung auf die obersten Anklagebehörden lässt sich ohne Weiteres mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ist «die Staatsanwaltschaft» und nicht «der Staatsanwalt» zur Beschwerde legitimiert. Das Beschwerderecht steht somit der kantonalen Anklagebehörde und nicht der Person des Anklägers zu. Wer die kantonale Anklagebehörde vor Bundesgericht vertritt, ist im kantonalen Gerichtsorganisationsrecht geregelt (vgl. etwa § 107 Abs. 1 lit. a GOG/ZH).

Die Einschränkung der Beschwerdeberechtigung auf die oberste Anklagebehörde galt bisher nicht auf Bundesebene: Dort wurden nicht nur der **Bundesanwalt**, sondern auch

⁵¹ BGE 134 IV 36, E. 1.3.

⁵² BGE 134 IV 36, E. 1.4.

⁵³ Zu dieser Debatte ausführlich Art. 81 N 7 in der Voraufgabe.

⁵⁴ Kritisch hierzu die Voraufgabe, a.a.O.

⁵⁵ BGE 1B_64/2011 vom 17. Februar 2011 (amtliche Publikation vorgesehen).

⁵⁶ Gleich Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Beschwerdekammer in Strafsachen SBK.2011.38 vom 22. Februar 2011, E. 3.

⁵⁷ Weitere Kritik bei GOLDSCHMID, forumpoenale 3/2011, 3 f. und THOMMEN, forumpoenale 3/2011, 4 f.

⁵⁸ BGE 131 IV 142; dazu Commentaire LTF-FERRARI, Art. 81 N 27.

⁵⁹ BGE 134 IV 36, E. 1.3.

Art. 81 18–20 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

seine Stellvertreter und die **Staatsanwälte des Bundes** zur Beschwerde zugelassen.⁶⁰ Diese Praxis bezog sich auf die Staatsanwälte des Bundes, die vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung bundesanwaltschaftliche Aufgaben wahrnahmen⁶¹. Die Ungleichbehandlung kantonaler und eidgenössischer Anklagebehörden ist inkonsequent. Die hierfür angegebene Begründung, dass die Staatsanwälte des Bundes im Namen respektive an Stelle des Bundesanwalts Beschwerde führen, ist nicht stichhaltig. Zumal die kantonalen Staatsanwälte auch dann nicht zur Beschwerde zugelassen werden, wenn sie im Namen der Oberstaatsanwaltschaft auftreten.

4. Staatsanwaltschaft des Bundes/Bundesanwaltschaft (Ziff. 3)

- 18** Die Staatsanwaltschaft ist zur Beschwerde berechtigt (Ziff. 3). Auf Bundesebene ist dies die Bundesanwaltschaft. Art. 7 StBOG bestimmt: **«Staatsanwaltschaft des Bundes ist die Bundesanwaltschaft»**. Diese Bestimmung ist terminologisch verwirrend. Unter bisherigem Recht gab es auf Bundesebene den Bundesanwalt, die stellvertretenden Bundesanwälte und die «Staatsanwälte des Bundes».⁶² Neu sind dem Bundesanwalt (Art. 9 StBOG) stellvertretende Bundesanwälte (Art. 10 StBOG), leitende Staatsanwälte (Art. 11 StBOG) und Staatsanwälte (Art. 12 StBOG) unterstellt. Wenn nun Art. 7 StBOG bestimmt, dass die Bundesanwaltschaft die «Staatsanwaltschaft des Bundes» ist, dann ist damit gemeint, dass die Bundesanwaltschaft die vom Bund zur Untersuchung und Anklagevertretung bestimmte Behörde ist. Die Untersuchungs- und Anklagebehörde wird in der schweizerischen Strafprozessordnung konsequent «Staatsanwaltschaft» genannt (Art. 14 und 16 StPO). Damit steht auch fest, dass Art. 7 StBOG nicht besagt, dass die bisherigen «Staatsanwälte des Bundes» als Bundesanwälte gelten.
- 19** In den vorliegenden Kontext der Beschwerdeberechtigung gerückt, ist die Bundesanwaltschaft im Normalfall zur Anfechtung eines bundesstrafgerichtlichen Urteils somit nach Art. 81 Abs. 1 lit. b **Ziff. 3** als «Staatsanwaltschaft» (des Bundes) zur Beschwerde legitimiert. Zusammenfassend umfasst der Terminus «Staatsanwaltschaft» in Ziff. 3 als Oberbegriff die kantonalen Staatsanwaltschaften und die Staatsanwaltschaft des Bundes/Bundesanwaltschaft. In Bezug auf die Beschwerdeberechtigung vor Bundesgericht können die Begriffe Staatsanwaltschaft des Bundes und Bundesanwaltschaft synonym verwendet werden (Art. 7 StBOG). Wenn in Ziff. 7 und in Abs. 2 explizit nur die «Staatsanwaltschaft des Bundes» für beschwerdeberechtigt erklärt wird, so wird damit nicht die Bundesanwaltschaft ausgeschlossen. Vielmehr soll klargestellt werden, dass nur die Staatsanwaltschaft des Bundes und nicht die kantonalen Staatsanwaltschaften in Verwaltungsstrafsachen (Ziff. 7), Mitteilungs- und Delegationsangelegenheiten (Abs. 2) zur Beschwerde berechtigt ist.

5. Privatstrafkläger (ehemals Ziff. 4)

- 20** Die Privatstrafklägerschaft darf nicht mit der **Privatklägerschaft** verwechselt werden. Die Privatstrafklägerschaft war ein Institut vieler kantonaler Prozessordnungen, bei dem der Staat die Strafverfolgung und Anklage insbesondere für Ehrverletzungs- oder andere Antragsdelikte an den Geschädigten abtrat.⁶³ Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte

⁶⁰ BGE 133 IV 187, E. 2.1; Commentaire LTF-FERRARI, Art. 81 N 28; ferner Art. 2 Abs. 1 lit. g BPV (Stand: 2010); vgl. auch BGer, StA, 26.10.2005, 6S.50/2005, E. 1.4, wo auch der «stellvertretende Leiter des Rechtsdienstes» als Vertreter des Bundesanwalts akzeptiert wurde.

⁶¹ Zur Staatsanwaltschaft des Bundes de lege lata N 7a/b.

⁶² BGE 133 IV 187, E. 2.1; Art. 2 Abs. 1 lit. g BPV (Stand: 2010).

⁶³ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1111.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

21–24 Art. 81

Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Während es also bei der Privatstrafklägerschaft um die Führung eines Strafverfahrens in den Formen des Zivilprozesses ging (Form des Strafverfahrens), soll mit dem Institut der Privatklägerschaft privaten Deliktsbetroffenen die volle Parteistellung in Strafverfahren verschafft werden (Teilhabe an Strafverfahren).

Da das Institut der Privatstrafklägerschaft Elemente des Zivil- und Strafverfahrens in fragwürdiger Weise kombinierte, wurde es mit der schweizerischen Strafprozessordnung abgeschafft.⁶⁴ Konsequenterweise wurde auch die Bestimmung zur Legitimation der Privatstrafklägerschaft ersatzlos gestrichen.⁶⁵ Sie wird hier nicht mehr behandelt.⁶⁶ Auf die Legitimation der Privatklägerschaft wird in der Folge im Detail eingegangen.

6. Privatkläger (Ziff. 5)

a) Begriff

Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Sind die Konstituierungsvoraussetzungen erfüllt (Art. 118 ff. StPO), kommen als Privatkläger sowohl Opfer (Art. 116 StPO) als auch «einfache Geschädigte» (Art. 115 StPO) in Frage. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b. Ziff. 5 in der ab 1.1.2011 geltenden Fassung des BGG ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde berechtigt, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann. Diese Bestimmung ist insofern neu, als Art. 81 Abs. 1 lit. b. Ziff. 5 in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung des BGG nur das in seinen Zivilforderungen gefährdete *Opfer* explizit zur Beschwerde ermächtigte.

Mit der Frage nach der Beschwerdeberechtigung der Privatklägerschaft ist eines der umstrittensten und komplexesten Legitimationsprobleme in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angesprochen. Es geht um die Frage, inwiefern einfache Geschädigte und Opfer zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sind. Die Opfer- und die Geschädigtenlegitimation lassen sich nur vor dem Hintergrund ihrer geschichtshistorischen Entwicklung verstehen.⁶⁷

b) Entwicklung der Opfer- und Geschädigtenlegitimation

Mit dem Inkrafttreten des **Opferhilfegesetzes** im Jahre 1993 wurden die Geschädigten und damit natürlich auch die Opfer zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert.⁶⁸ Im Rahmen der Teilrevision der Bundesrechtspflege zur **Entlastung des Bundesgerichts** wurde die Beschwerdelegitimation per 1.1.2001 auf Opfer im engeren Sinne eingeschränkt.⁶⁹ Begründet wurde diese Einschränkung damit, dass keine Gründe

⁶⁴ Botschaft StPO BBl 2006 1085, 1111 f.

⁶⁵ AS 2010 1881, 2022.

⁶⁶ Zur Legitimation der Privatstrafklägerschaft unter altem Recht vgl. Art. 81 Abs. 1 lit. b. Ziff. 4 in der Voraufgabe N 8 sowie: BGE 62 I 55; 110 IV 114, E. 1a; 128 IV 39, E. 2; 128 IV 37, E. 3; 127 IV 236, E. 2b; 136 IV 29; BGer, StA, 16.11.2005, 6S.159/2005, E. 1; StA, 18.5.2005, 6S.125/2005, E. 2.; zum prinzipialen Privatstrafklageverfahren: Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 435 ff.

⁶⁷ Eingehend: FS RIKLIN-NAY, 460 ff.

⁶⁸ Vgl. Art. 270 Abs. 1 BStP in der durch das Opferhilfegesetz vom 4.10.1991 eingefügten Fassung, BBl 1991 III 1470; eingehend BGE 136 IV 29, E. 1.4.

⁶⁹ Art. 270 lit. e BStP in der Fassung gemäss Ziff. II 3 des BG vom 23.6.2000, in Kraft seit 1.1.2001 (AS 2000 2719 2724; BBl 1999 9518 9606).

Art. 81 25–27 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

für eine derart weit gefasste Geschädigtenlegitimation ersichtlich seien.⁷⁰ Seit 2001 waren die Geschädigten somit nicht mehr zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert,⁷¹ wobei zu präzisieren ist, dass dies nur für die Anfechtung des Strafpunkts galt. Im Zivilpunkt waren die Geschädigten weiterhin zur Beschwerde legitimiert.⁷² (Zur Terminologie: In der vorliegenden Kommentierung wird zwischen Straf- und Zivilpunkt unterschieden. Innerhalb des Strafpunkts wird zwischen Schuld- und Bestrafungspunkt differenziert.)

- 25** In der parlamentarischen Beratung zum **Bundesgerichtsgesetz** (2005) verlangte Nationalrat D. VISCHER, die Legitimation auf die einfachen Geschädigten auszudehnen. Der Bundesrat hielt fest, dass die explizite Erwähnung der Geschädigten nicht notwendig sei. Die Liste in Art. 81 sei nicht abschliessend. Zur Beschwerdelegitimation werde einzig die Teilnahme vor Vorinstanz und ein rechtlich geschütztes Interesse verlangt. Es sei somit möglich, die Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen zuzulassen. Ferner würden die Geschädigten nach dem Entwurf zur Schweizer Strafprozessordnung ohnehin zur Beschwerde zugelassen, sofern sie sich als Privatkläger konstituierten.⁷³ Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005 war zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, «*wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere... 5. das Opfer, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann*».⁷⁴
- 26** Das **Bundesgericht** entschied am 5.7.2007 gleich im ersten Grundsatzurteil zum neuen Bundesgerichtsgesetz, an der Praxis zum alten Recht festzuhalten und die Geschädigten nicht zur Beschwerde im Strafpunkt zuzulassen.⁷⁵ Diesen fehle ein rechtlich geschütztes Interesse, weil der Strafanspruch dem Staat und nicht dem Individuum zustehe.⁷⁶ Wer nicht Opfer ist, kann deshalb nach der Praxis des Bundesgerichts einen Entscheid grundsätzlich⁷⁷ «*weder im Schuldpunkt noch im Strafpunkt [recte: Bestrafungspunkt] anfechten*».⁷⁸ Dieser prinzipielle Ausschluss ist nur schon deshalb problematisch, weil die Liste der beschwerdeberechtigten Personen nicht abschliessend ist.⁷⁹ Nach der Konzeption des Gesetzgebers soll die Beschwerdeberechtigung einzig vom Nachweis der Verfahrensteilnahme und rechtlich geschützter Interessen abhängig sein.
- 27** Die **Schweizerische Strafprozessordnung** vom 5.10.2007 sah vor, den Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen zu legitimieren. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b sollte zur Beschwerde in Strafsachen neu auch berechtigt sein, «*5. die Privatklägerschaft, soweit sie nach der Strafprozessordnung zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist*».⁸⁰

⁷⁰ Vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 4. und 8.9.1999 zur Teilrevision des Bundesrechtspflegegesetzes zur Entlastung des Bundesgerichts, BBl 1999 9524.

⁷¹ BGer, StA, 265.2003, 6S.709/2000, E. 3.1; BGE 129 IV 206, E. 1.

⁷² Art. 271 und 277^{quater} aBStP; eingehend zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Geschädigtenlegitimation: BGE 136 IV 29, E. 1.4.

⁷³ www.parlament.ch, Curia vista, Geschäft: 06.3097.

⁷⁴ AS 2006 1205, 1227.

⁷⁵ Zum bisherigen Geschädigtenausschluss DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 Rz. 2632.

⁷⁶ BGE 133 IV 228, E. 2; zu Recht kritisch FS RIKLIN-NAY, 460.

⁷⁷ Zu den Ausnahmen nach der «Star-Praxis» vgl. hinten N 13d.

⁷⁸ Botschaft StBOG BBl 2008. 8125 ff., 8182; zur Terminologie («Schuld- und Strafpunkt») Art. 81 N 13k.

⁷⁹ Vgl. DONATSCH/CAVALLO, SJZ 2010, 404; kritisch zur Begründung auch DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2568.

⁸⁰ AS 2010 1881, 2022; s. bereits Entwurf zur schweiz. StPO, BBl 2006,1389 ff., 1532; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. auch JEANNERET, ZStrR 2010, 316 f.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

28, 29 Art. 81

Damit wurde für die Beschwerde in Strafsachen nachvollzogen, was für das neue Strafverfahren ganz allgemein gelten sollte: Eine umfassende Rechtsmittellegitimation der Privatküglerschaft. Dies war nichts anderes als die logische Konsequenz des Konzepts, die Privatküglerschaft als Partei mit dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft auf Augenhöhe zu stellen. Hierzu hielt der Bundesrat in der Botschaft zur StPO fest: «Mit dieser relativ grosszügigen Regelung entfällt die nicht befriedigende Unterscheidung zwischen der Rechtsmittellegitimation der «gewöhnlichen» Privatküglerschaft einerseits und derjenigen der Opfer».⁸¹ Opfer und Geschädigte sollten danach Entscheide umfassend, also hinsichtlich Schuld-, Zivil-, Entschädigungs- und Kostenpunkt, anfechten können. Ausgenommen war einzig der Bestrafungspunkt.⁸² Nach Art. 382 Abs. 2 StPO kann die Privatküglerschaft einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten.

Auf Betreiben des Bundesgerichts⁸³ wurde diese Neuregelung der Legitimation bereits vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung wieder geändert. Nach dem Entwurf zum **Strafbehördenorganisationsgesetz** sollte zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sein, «wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere: ... 5. das Opfer, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann».⁸⁴ Diese Entwurfsversion entsprach somit dem Wortlaut von Art. 81 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005.⁸⁵ Mit der Rückkehr zur bisherigen Formulierung sollte dem Bundesgericht ermöglicht werden, seine Praxis zum Beschwerdeausschluss des einfachen Geschädigten fortzusetzen.⁸⁶ Gemäss der **Botschaft zum StBOG** sollte damit einer erneuten Überbelastung des Bundesgerichts entgegen gewirkt werden. Zu beachten sei aber auch, dass der Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 lit. b und insbesondere die Tatsache, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist, es dem Bundesgericht erlauben, auch jener Privatküglerschaft, welche nicht Opfer ist, in bestimmten Fällen die Beschwerdeberechtigung zuzuerkennen.⁸⁷

Während der **Ständerat** dem bundesrätlichen Entwurf noch folgte, erweiterte der Nationalrat die Legitimation vom Opfer auf die Privatküglerschaft unter der Einschränkung, dass sich «der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann». Im Differenzbereinigungsverfahren hielt der Ständerat an der bundesrätlichen Version, also der Einschränkung der Legitimation auf Opfer, fest. Dagegen wehrte sich der **Nationalrat** erfolgreich und mit 131 zu 22 Stimmen auch sehr deutlich, sodass sich schliesslich eine «Mittellösung»⁸⁸ (NR Vischer) respektive «Zwischenlösung»⁸⁹ (BR Widmer-Schlumpf) durchsetzte, welche zwischen der umfassenden durch die StPO eingeführten Beschwerdelegitimation einerseits und der vom Bundesrat vorgeschlagenen Weiterführung des bisherigen Geschädigtenausschlusses vermitteln sollte.⁹⁰

⁸¹ Botschaft StPO BBl 2006 1085 ff., 1308; 1336.

⁸² Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8182.

⁸³ Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, 15 (bger.ch/gb2009_bger_d.pdf); vgl. Votum Ständerat C. JANIÄK, Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598.

⁸⁴ BBl 2008 8189, 8210 f.

⁸⁵ AS 2006 1205, 1227.

⁸⁶ Vgl. Votum Ständerat C. JANIÄK, Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598.

⁸⁷ Botschaft StBOG BBl 2008 8125, 8182 f.

⁸⁸ Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 124.

⁸⁹ Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160.

⁹⁰ Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweirat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatkügläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S

Art. 81 30, 31 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

Gemäss dem nunmehr geltenden Art. 81 Abs. 1 lit. b in der Version des **Strafbehördenorganisationsgesetzes** vom 19.3.2010 (StBOG) ist zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt: «5. die Privatklägerschaft, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann».⁹¹ Die Justizministerin hat in ihrem Schlussvotum bereits darauf hingewiesen, dass diese Lösung nicht «ganz klar» sei und zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könne.⁹² Unabhängig von diesen Schwierigkeiten ist aufgrund der dargestellten Gesetzgebungsgeschichte jedenfalls klar, dass der Gesetzgeber die Beschwerdelegitimation gegenüber dem geltenden Recht erweitern wollte. Mit der «Mittel-» respektive «Zwischenlösung» entfernte sich der Gesetzgeber bewusst vom bisher praktizierten Ausschluss der Beschwerde.

- 30** In der Folge wird deshalb anhand der Rechtsprechung zum alten Recht untersucht, unter welchen Voraussetzungen Opfer (N 10 ff.) und einfache Geschädigte (N 13h ff.) bisher zur Beschwerde in Strafsachen zugelassen waren. Vor diesem Hintergrund zeigt sich, in welchen Bereichen die von Gesetzgeber vorgegebene Erweiterung der Beschwerdezulassung verwirklicht werden könnte.

7. Opfer (Ziff. 5)

a) Allgemeine Legitimationsvoraussetzungen

- 31** Ein Opfer, das sich gegen einen letztinstanzlichen Entscheid zur Wehr setzen will, muss vier Voraussetzungen erfüllen:
- Erstens muss das Opfer die **allgemeinen Beschwerdevoraussetzungen** erfüllen. Danach ist zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 81 Abs. 1 lit. a)⁹³ und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (lit. b) hat. Hierzu wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass die Privatklägerschaft aufgrund ihrer Parteistellung (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO) Teilnehmerin am vorinstanzlichen Verfahren ist (vgl. Kommentierung zu Art. 81 Abs. 1 lit. a). Die *allgemeine* Voraussetzung des rechtlich geschützten Interesses wird bei der Privatklägerschaft (weitestgehend)⁹⁴ durch das *besondere* Erfordernis von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 konkretisiert, wonach der «*angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche*» muss auswirken können (vgl. hierzu N 3).
 - Zweitens muss der Beschwerdeführer **Opfer** im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OHG respektive Art. 116 StPO sein. Danach gilt als Opfer die geschädigte Person, die nach bindender vorinstanzlicher Tatsachenfeststellung durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist.⁹⁵

8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

⁹¹ AS 2010 3267, 3294.

⁹² Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160.

⁹³ Hierzu grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 144; zur Verfahrensteilnahme ferner KOLLY, *pourvoi en nullité*, 30 f.

⁹⁴ Zu den Ausnahmen von der Zivilanspruchsrelevanz vgl. die Ausführungen zur «Star-Praxis» N 13d.

⁹⁵ Zum Opferbegriff vgl. BGE 131 I 455, E. 1.2.2; 129 IV 216, E. 1 (Tätlichkeiten gegen Kinder); 131 IV 78, E. 1.2 (Opferstellung bei Rassendiskriminierung), BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Fahradunfall); s.a. SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde, N 100 ff.

Ohne solch bindende Feststellungen muss das Opfer die die Opferstellung begründenden Verletzungen lediglich (glaubhaft) vorbringen.⁹⁶

- Drittens muss sich das Opfer im kantonalen Verfahren als **Privatklägerschaft konstituiert** haben (Art. 118 ff. StPO).⁹⁷ Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 setzt die Privatklägerstellung explizit voraus und ist für die *Opfer* insoweit sogar noch strenger als der bundesrätliche Entwurfsvorschlag und das Bundesgerichtsgesetz in der Fassung vom 17.6.2005.⁹⁸ Letztere liessen das Opfer bei gefährdeten Zivilforderungen auch unabhängig von einer Konstituierung als Privatkläger zur Beschwerde zu. In der Sache dürfte sich freilich nicht viel ändern, zumal das Opfer bereits bisher über die allgemeine Voraussetzung der Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz Interesse am Verfahren bekundet haben musste. Auch vor Inkrafttreten des BGG war das Opfer nur zur Beschwerde im Strafpunkt berechtigt, wenn es seine Zivilansprüche im Strafverfahren bereits geltend gemacht, sich mithin als Privatkläger am Verfahren beteiligt hatte. Zur Anfechtung gerichtlich bestätigter Einstellungsbeschlüsse war das Opfer indes unabhängig davon legitimiert, ob es bis zu diesem Zeitpunkt im Strafverfahren Zivilforderungen geltend gemacht hatte.⁹⁹ Diese Rechtsprechung wurde für das neue Recht bestätigt.¹⁰⁰
- Viertens muss sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung der **Zivilforderungen** der Privatklägerschaft auswirken können (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5).¹⁰¹ Die Voraussetzung der **Zivilanspruchsrelevanz** ist die eigentliche Krux der Opferlegitimation. Fünf Konstellationen werden in der Folge im Detail abgehandelt: Die Legitimation des Opfers im Zivilpunkt (N 12), im Schuldpunkt (N 12a) und im Bestrafungspunkt (N 12d), sodann die (angeblich) fehlenden Auswirkungen auf den Zivilpunkt bei Opfern, die durch Beamte verletzt wurden (N 13) und schliesslich die Legitimation des Opfers zur Geltendmachung von Verfahrensrechten (N 13d).

b) Legitimation des Opfers im Zivilpunkt

Bei der Legitimation im Zivilpunkt geht es streng genommen nicht um «Auswirkungen» des Strafurteils auf den Zivilpunkt im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5, sondern um den Zivilpunkt selbst. Es sind dies Fälle der Anfechtung von **Adhäsionsansprüchen**, die im Strafverfahren letztinstanzlich mitbeurteilt wurden. Soweit die Voraussetzungen zur Anfechtung zivilrechtlicher (Adhäsions-) Ansprüche mit der Beschwerde in Strafsachen erfüllt sind (vgl. oben Art. 78 Abs. 2 lit. a), ist auch das Opfer hierzu berechtigt. Im Zivilpunkt war das Opfer stets zur Beschwerde legitimiert.¹⁰²

32

⁹⁶ BGer, StA, 30.8.2007, 6B_206/2007, E. 2 m.Hinw. auf BGE 126 IV 147, E. 1; abweichend: BGE 127 IV 189, E. 2a.

⁹⁷ Wegen der Abkoppelung der BGG-Rechtsmittelbefugnisse von den jenen der StPO warf SCHMID, Handbuch, N 1672 i.f., die berechtigte Frage auf, ob die Konstituierung noch vorausgesetzt werden kann. Zu beachten ist jedoch, dass SCHMID'S Einwand noch auf der Basis der letztlich verworfenen Opferlegitimation gemäss E-StBOG basiert. De lege lata kann (Legitimation der Privatklägerschaft im Rahmen der Zivilanspruchsrelevanz, Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5) die Konstituierung m.E. vorausgesetzt werden.

⁹⁸ BBl 2008 8189, 8210 f.

⁹⁹ BGE 120 IV 44, E. 4; 127 IV 185.

¹⁰⁰ BGer, StA, 14.6.2010, 6B_260/2010, E. 1.2.

¹⁰¹ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Wirkungen eines Freispruchs auf die Opferforderungen); zur Tangierung der Zivilansprüche grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 150 ff.; s.a. DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 Rz. 2616.

¹⁰² BGE 129 IV 149, E. 2.1; BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1; Art. 271 und 277^{quater} aBStP; vgl.; ferner BGer, StA, 30.8.2006, 6S.13/2006, E. 3; zur Anfechtung des Zivilpunkts im Übrigen vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. a BGG.

Art. 81 33–36 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

c) Legitimation des Opfers im Schuldpunkt

- 33** Auch der Schuldpunkt kann sich auf die Zivilforderungen des Opfers auswirken. In der vorliegenden Kommentierung wird terminologisch zwischen Zivil- und Strafpunkt unterschieden. Innerhalb des Strafpunkts wird zwischen Schuld- und Bestrafungspunkt differenziert. Der insoweit strafrechtsdogmatisch untechnisch verwendete Ausdruck des «Schuldpunkts» umfasst alle Elemente der Strafbarkeit: Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Ob der Angeklagte objektiv und subjektiv tatbestandsmässig handelt, er schuldig oder frei gesprochen, das Verfahren eingestellt,¹⁰³ ob ihm ein Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgrund zugestanden oder, ob auf fahrlässige oder vorsätzliche Tatbegehung erkannt wird, sind alles Umstände, die sich im Zivilpunkt niederschlagen können. Ebenso hat das Opfer wegen möglicher Auswirkungen auf seine Zivilforderungen ein rechtlich geschütztes Interesse an der Rüge, es sei zu Unrecht ein privilegierter oder ein falscher Tatbestand angewendet oder eine Tatbestandsqualifizierung verneint worden.¹⁰⁴
- 34** **Art. 53 OR** bestimmt unter dem Titel «**Verhältnis zum Strafrecht**», dass das Gericht bei der Beurteilung der Schuld und der Urteilsfähigkeit nicht gebunden ist an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht (Abs. 1). Ebenso wenig ist das strafgerichtliche Erkenntnis in Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter verbindlich (Abs. 2). Nimmt man diese Bestimmung beim Wort, so wäre die Opferlegitimation nie gegeben. Wenn der Zivilrichter nicht an das strafgerichtliche Erkenntnis gebunden ist, kann dieses per definitionem keine Auswirkungen auf den Zivilpunkt haben. Das Bundesgericht geht jedoch davon aus, dass der Zivilrichter «*faktisch an den Strafentscheid gebunden ist*».¹⁰⁵ «*Il suffit... si le juge civil, même si rien ne l'y contraint, se sent lié par arrêt rendu au pénal*».¹⁰⁶ Im Übrigen leitet das Bundesgericht aus Art. 53 e contrario ab, dass der Entscheid des Strafrichters hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen für den Zivilrichter massgebend sein kann.¹⁰⁷ Damit ist der Weg geebnet für eine Legitimation des Opfers im Schuldpunkt.¹⁰⁸
- 35** Weil hier bereits unter bisherigem Recht ein Beschwerderecht des Opfers im Schuldpunkt bestand, kann sich die vom Gesetzgeber angestrebte Ausweitung der Legitimation nicht auf Anfechtungen im Schuldpunkt beziehen.

d) Legitimation des Opfers im Bestrafungspunkt

- 36** Nach ständiger Rechtsprechung ist das Opfer «*im Strafpunkt*» nicht beschwerdelegitimiert.¹⁰⁹ «*Au regard de la loi, l'action pénale appartient au ministère public, qui est dès lors en principe le seul à pouvoir remettre en cause une décision favorable au prévenu*».¹¹⁰ Genau genommen geht es dabei um den **Bestrafungspunkt**. Der Begriff «Strafpunkt» ist allgemeiner und umfasst – als Gegensatz zum Zivilpunkt – den Schuld-

¹⁰³ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Anfechtung Freispruch); BGE 131 I 455, E. 1.2.1 (Nichteröffnung einer Strafuntersuchung gegen Polizeibeamte); 129 IV 216, E. 1 (Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung).

¹⁰⁴ BGE 120 IV 44, E. 6.

¹⁰⁵ BGE 120 Ia 101, E. 2e; 120 IV 44, E. 6; s.a. FS RIKLIN-NAY, 463 f.

¹⁰⁶ BGE 119 IV 339, E. 1d/cc

¹⁰⁷ BGE 136 IV 29, E. 1.7.2.

¹⁰⁸ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Wirkungen eines Freispruchs auf die Opferforderungen); zur Tangierung der Zivilansprüche grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 150 ff.

¹⁰⁹ Vgl. bereits BGE 119 IV 339, E. 1d/cc.

¹¹⁰ BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.1.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

37–39 Art. 81

punkt und den Bestrafungspunkt. Der Bestrafungspunkt betrifft die Rechtsfolgenrechte des Urteils. Also die ausgesprochene Geld-, Arbeits- oder Freiheitsstrafe, die Massnahmen etc.

Der Beschwerdeausschluss des Opfers wird damit begründet, dass ihm ein rechtlich geschütztes Interesse zur Anfechtung der Bestrafung fehle. Der Strafanspruch obliege dem Staat.¹¹¹ Nach einer weiteren (allerdings schwer verständlichen) Begründung könne das Opfer die Art und Höhe der Strafe nicht anfechten, weil hier die Täter- und nicht die Opfersituation massgeblich sei.¹¹² Dass Privatkägern und damit auch Opfern im Bestrafungspunkt ein Rechtsschutzinteresse fehlt, ergibt sich auch aus Art. 382 Abs. 2 StPO: «Die Privatkägerschaft kann einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten». Richtig ist, dass es keinen Einfluss auf Zivilforderungen des Geschädigten hat, ob der Täter eine bedingte oder unbedingte Freiheits- oder Geldstrafe auferlegt bekommt.¹¹³ Bereits für die Strafzumessung ist dies jedoch weit weniger eindeutig. Werden dem Täter Verminderungen der Schuldfähigkeit zugestanden (Art. 19 Abs. 2 StGB) oder ein Handeln unter Drohungen, grosser seelischer Belastung, auf Provokation oder Veranlassung angenommen (Art. 48 StGB), so werden damit Umstände gerichtlich festgestellt, die nicht nur für die Bemessung der Strafe, sondern auch des Schadenersatzes von Bedeutung sind (vgl. Art. 43 f. OR).

Soweit es um den Bestrafungspunkt geht, ist es zu einfach, das Rechtsschutzinteresse des Opfers lediglich unter Verweis auf den staatlichen Strafanspruch zu verneinen. Auszugehen ist deshalb von der ratio legis. Gemäss Bundesgericht wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der Legitimation die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen und nicht von Rachegeleuten ermöglichen: «Le lésé ne saurait se pourvoir en nullité en invoquant un désir de vengeance, sans rapport avec sa créance en réparation». Deshalb könne sich das Opfer nicht gegen die Art oder Dauer der Strafe, die Gewährung oder Verweigerung des bedingten Strafvollzugs oder die Ausfällung einer Massnahme an Stelle einer Strafe zur Wehr setzen.¹¹⁴ Aus diesem Entscheid folgt aber auch, dass soweit es nicht um Rache geht und eine faktische Auswirkung auf die Zivilforderungen nachgewiesen werden kann, eine Anfechtung im Bestrafungspunkt nicht kategorisch ausgeschlossen ist. Insoweit besteht Raum und auch Anlass für eine Ausdehnung der bisherigen Legitimationspraxis.

e) Keine Legitimation des Opfers bei Verletzung durch Beamte

Nach einer gefestigten bundesgerichtlichen Praxis sind Opfer, die von Beamten geschädigt wurden, nicht zur Beschwerde im Strafprozess legitimiert.¹¹⁵ Entschädigungsansprüche gegenüber Beamten sind in der Regel **öffentlich-rechtlicher** Natur, weshalb sich der Entscheid nicht auf die **Zivilansprüche** des Opfers auswirken könne.¹¹⁶ Diese wort-

¹¹¹ So für den Geschädigten explizit: BGE 133 IV 228, E. 2; StA, 19.2.2007, 6B_5/2007, E. 1; zu Recht kritisch FS RIKLIN-NAY, 460 ff.; BGE 120 Ia 101, E. 2e a.E.

¹¹² BGE 120 IV 44, E. 6.

¹¹³ So bereits BGE 119 IV 339, E. 1d/cc; s.a. SCHMID, ZStrR 2006, 186 m.Hinw. auf E-StPO (dazu Botschaft StPO BBl 2006 1308).

¹¹⁴ BGE 119 IV 339, E. 1d/cc.

¹¹⁵ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 1; unterdessen sogar als einzelrichterliche Nichteintretensentscheide wegen offensichtlicher Unzulässigkeit nach Art. 108 BGG: BGer, StA, 15.4.2010, 6B_127/2010, E. 2, dazu ABO YOUSSEF, forumpoenale 2010, 317; eine Ausnahme vom Beschwerdeausschluss besteht bei der Anfechtung wegen Verletzung von Verfahrensrechten («Star-Praxis»), BGE 131 I 455, E. 1.2.4, dazu hinten N 13d.

¹¹⁶ BGE 128 IV 188, E. 2; 127 IV 189, E. 2b; 125 IV 161, E. 2b; DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2614 f.; Commentaire LTF-FERRARI, Art. 81 N 39; SCHMID, Handbuch, N 1672

Art. 81 40, 41 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

getreue Handhabung der Opferlegitimation wird vom Bundesgericht mit der ratio legis begründet. Dem Opfer sollte die effiziente Durchsetzung seiner Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche ermöglicht und ihm eine kostenrisikobehaftete und wegen Täterinsolvenz oft erfolglose Verweisung auf den Zivilweg erspart werden. Diese Gefahr bestehe nicht, wenn der Staat das Opfer anstelle des schädigenden Beamten entschädige.¹¹⁷ YVES DONZALLAZ argumentiert, dass sich die Forderung des Opfers nicht gegen den schädigenden Beamten, sondern gegen den Staat richte und schon deshalb nicht adhäsionsweise beurteilt werden könne.¹¹⁸ Das Argument, dass sich die Adhäsionsansprüche nicht gegen den Schädiger, sondern gegen einen Dritten (hier: Staat) richten, trifft auch auf Geschädigte zu, deren Ansprüche sich gegen die Haftpflichtversicherung des Täters richten. Dort ist es aber kein Grund sie von Adhäsionsforderungen auszuschliessen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb vom Staat Geschädigte schlechter gestellt sein sollten.

Diese Rechtsprechung ist klar abzulehnen. Eine Verweisung der Opferansprüche in ein Staatshaftungsverfahren widerspricht der ratio legis nur schon deshalb, weil das Opfer ein separates zweites Verfahren anstrengen muss. Die vom Bundesgericht vorgebrachte erhöhte Solvenz des Staates reduziert zwar das Kostenrisiko des Klägers, ändert aber nichts daran, dass ein völlig neues Verfahren angehoben werden muss. Dies ist weder opferfreundlich noch effizient.

- 40** Die restriktive Legitimation von durch Beamte geschädigten Opfern ist jedoch vor allem deshalb abzulehnen, weil sich der Entscheid im Strafpunkt auch hier auf die Haftungsforderung auswirken kann. Wird ein Verfahren wegen vorsätzlicher Tatbegehung eingestellt, so wirkt sich der Umstand, dass der Beamte nur noch wegen Fahrlässigkeit belangt werden kann, auf die Haftungsforderungen des Opfers aus. Dies lässt sich an einem tragischen Beispiel aufzeigen: Die Zürcher Polizei schnitt einem Mann, den sie fälschlicherweise für einen flüchtigen Einbrecher hielt, den Weg ab, indem sie ihn mit dem Einsatzwagen gegen die Wand drückte. Dem Opfer musste in der Folge ein Bein amputiert werden. Die Strafuntersuchung gegen die beteiligten Polizeibeamten wegen eventualvorsätzlicher schwerer Körperverletzung wurde in der Folge eingestellt. Das Opfer zog die Einstellung an das Bundesgericht weiter. Dieses trat auf die Beschwerde nicht ein, weil sich die Einstellung nicht auf Zivil- sondern nur auf die öffentlich-rechtlichen Forderungen des Opfers auswirken könne.¹¹⁹
- 41** Die Möglichkeit der Auswirkung auf die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche besteht unabhängig davon, ob das Opfer nach zivilem oder öffentlichem Haftungsrecht entschädigt wird. Nach der Rechtsprechung wird entgegen Art. 53 OR eine «faktische Bindung» des Zivilrichters an das Strafurteil vermutet.¹²⁰ Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich nicht auch das Gericht, welches über die öffentlich-rechtlichen Haftungsansprüche zu befinden hat, durch das Strafurteil faktisch gebunden fühlen sollte. Wenn aber die Gefahr besteht, dass sich das Staatshaftungsgericht durch das Strafurteil beeinflussen lässt, dann muss das Opfer ungünstige Strafurteile oder Einstellungsbeschlüsse anfechten können.¹²¹ Auch hier bestünde für das Bundesgericht Raum, dem Willen des

FN 574; zu Entschädigungen gestützt auf Art. 11 OHG/1993 vgl. DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2474.

¹¹⁷ BGE 128 IV 188, E. 2.3.

¹¹⁸ DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2615.

¹¹⁹ Vgl. BGer, StA, 11.12.2005, 6P.84/2004, 6S.230/2004.

¹²⁰ BGE 120 Ia 101, E. 2e; 120 IV 44, E. 6.; 119 IV 339, E. 1d/cc; vgl. vorne Kommentierung zur Legitimation im Schuldpunkt, N 12a.

¹²¹ Eingehende Kritik der Rechtsprechung: Thommen, in: *Toujours agité – jamais abattu*, IV.–VI.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

42, 43 Art. 81

Gesetzgebers nach einer Erweiterung der Legitimation Rechnung zu tragen und die restriktive Praxis aufzugeben.

Ausnahme: In Fünferbesetzung hat das Bundesgericht den kategorischen Beschwerdeausschluss von Opfern staatlicher Gewalt in einem unveröffentlichten Leitentscheid unlängst gelockert.¹²² Ein Insasse der Waadtländer Strafvollzugsanstalt «Plaine de l'Orbe» machte eine unverhältnismässige Gewaltanwendung durch Vollzugsbeamte geltend. In einem ersten Entscheid verpflichtete das Bundesgericht die Waadtländer Justiz, ein Verfahren an die Hand zu nehmen. Der Beschwerdeführer habe in vertretbarer Weise eine Misshandlung vorgebracht. Art. 1, 3 und 13 EMRK garantierten ihm deshalb ein Recht auf wirksame und vertiefte Untersuchung sowie auf Beschwerde. Trotz fehlender Zivilansprüche gegen die Vollzugsbeamten wurde der Insasse zur strafrechtlichen Beschwerde gegen die Nichtanhandnahme zugelassen, weil er die Verletzung von Verfahrensrechten der EMRK geltend machen konnte («Star Praxis»)¹²³. Der Kanton Waadt führte in der Folge eine Untersuchung durch, stellte das Verfahren gegen die Vollzugsbeamten aber wieder ein. Im erwähnten Fünferentscheid ging es um die Legitimation des Insassen zur Beschwerde gegen diese Einstellung. Gemäss Bundesgericht haben die Folter- und Misshandlungsverbotsbestimmungen nicht nur die im ersten Entscheid bereits anerkannte prozedurale Tragweite, sondern umfassen ein verfassungsmässiges Recht auf Anwendung der zur Bekämpfung von Folter und Misshandlung aufgestellten Strafvorschriften. Um die Anwendung dieser Strafbestimmungen durchsetzen zu können, räumt das Bundesgericht den Opfern staatlicher Gewalt – entgegen der bisherigen Eintretenspraxis – ein Recht ein, sich gegen Einstellungen, Nichtanhandnahmen und Freisprüche auch in der Sache («sur le fond») zur Wehr zu setzen. Das «Plaine de l'Orbe»-Urteil markiert insoweit einen bedeutenden Fortschritt.¹²⁴

42

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

In Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 wird nicht mehr explizit erwähnt, dass das Opfer unabhängig von geltend gemachten Zivilansprüchen zur Beschwerde legitimiert ist, «soweit es eine Verletzung von Rechten geltend macht, die ihm das Opferhilfegesetz einräumt».¹²⁵ Dass die Opfer zur Erhebung der «klassischen» Opferrechte im Sinne von Art. 117 StPO (ehemals Art. 34 ff. OHG) weiterhin berechtigt sind, ergibt sich ohne Weiteres aus der allgemeinen Legitimationsvoraussetzung des rechtlich geschützten Interesses.¹²⁶ Unter diesem Titel kann beispielsweise vorgebracht werden, bei der kantonalen Appellation zu Unrecht nicht als Opfer anerkannt worden zu sein.¹²⁷ Bereits unter altem Recht konnte das Opfer unbekümmert um die fehlende Legitimation in der Sache selbst die Verletzung von Verfahrensrechten geltend machen, deren Missachtung eine «formelle Rechtsverweigerung» darstellte. Es konnte mithin die Verletzung jener Parteirechte rügen, die ihm nach kantonalem Verfahrensrecht unmittelbar aufgrund der Bundesverfassung oder von Art. 6 EMRK zustanden.¹²⁸

43

¹²² BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009.

¹²³ BGer, StA, 19.9.2007, 6B_319/2007, E. 2 unter Bezugnahme auf den Leitentscheid BGE 131 I 455 (St. Galler Polizei-Fall). Zur Legitimation wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften («Star Praxis») N 13d.

¹²⁴ BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1; zu diesem bemerkenswerten Entscheid im Detail Thommen, in: *Toujours agité – jamais abattu*, V.

¹²⁵ Vgl. noch Art. 270 lit. e Ziff. 2 aBStP; dazu den rechtsgeschichtlichen Rückblick in BGE 136 IV 29, E. 1.4; ferner: BGE 129 IV 179, E. 1.2; 122 IV 71, E. 2; 122 IV 79, E. 1a.

¹²⁶ GOMM/ZEHNTNER-TAMM, Art. 37 OHG N 51.

¹²⁷ BGE 129 IV 95, E. 2; BGer, StA, 3.12.2009, 6B_548/2009, E. 2.2.

¹²⁸ BGE 131 I 455, E. 1.2.1.

Art. 81 44–47 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

- 44** Diese so genannte «**Star-Praxis**»¹²⁹ wird unter neuem Recht weiterzuführen sein. Neu ergeben sich die Verfahrensrechte des Opfers primär aus Art. 117 StPO. Wenn sich das Opfer zudem als Privatklägerschaft konstituiert (Art. 118 StPO) und damit die volle Parteistellung erlangt hat (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO), wird es künftig die Verletzung sämtlicher allgemeiner (Art. 107 StPO) und spezieller Parteirechte (z.B. Art. 147 StPO), unbekümmert um eine fehlende Legitimation in der Sache selbst, anfechten können. Konkret bedeutet dies, dass dem Opfer hinsichtlich verfahrensrechtlicher Rügen nicht entgegen gehalten werden kann, dass der Entscheid sich nicht auf seine Zivilforderungen auswirkt.
- 45** Unter die «Star-Praxis» fasst das Bundesgericht insbesondere auch die verfahrensrechtlichen Garantien, die aus den **Folter- und Misshandlungs**verbotsbestimmungen von Art. 3 und 13 EMRK abgeleitet werden. In BGE 131 I 455 («St. Galler Polizei-Fall») leitete das Bundesgericht aus der «Assenov-Rechtsprechung» des EGMR¹³⁰ einen Anspruch auf wirksame und vertiefte amtliche Untersuchung sowie auf Beschwerde ab für Personen, die in vertretbarer Weise behaupten, von einem (Polizei-)Beamten erniedrigend behandelt worden zu sein. Für das Verfahren vor Bundesgericht bedeutet dies, dass das Opfer des polizeilichen Übergriffs trotz fehlender Auswirkungen auf die Zivilforderungen zur Beschwerde zugelassen wird.¹³¹

g) Zusammenfassung

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

8. «Einfache» Geschädigte? (Ziff. 5)

- 47** Das soeben zur Legitimation des Opfers Ausgeführte gilt grundsätzlich auch für die einfachen Geschädigten. Nach der ab 1.1.2010 geltenden Fassung von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 ist die **Privatklägerschaft** legitimiert.¹³² Im Gegensatz zu Art. 81 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005¹³³ wird nicht länger zwischen Opfern und «einfachen Geschädigten» differenziert. Entscheidend ist einzig, ob sich das angefochtene Urteil auf die Zivilforderungen der Privatklägerschaft auswirken kann. Die Legitimation der Privatklägerschaft ist nicht etwa ein Versehen des Gesetzgebers, sondern das Resultat intensiven Ringens der beiden Parlamentskammern. Die Bestimmung in ihrer jetzigen Form ist eine «Mittellösung»,¹³⁴ welche zwischen der umfassenden durch die StPO eingeführten Beschwerdelegitimation einerseits und der vom Bundesrat vorgeschlagenen Weiterführung des bisherigen Geschädigtenausschlusses vermitteln soll-

¹²⁹ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 1.2; BGE 126 I 81, E. 7b.

¹³⁰ Urteil i.S. Assenov v. Bulgarien (Nr. 90/1997/874/1086) vom 28.10.1998, Ziff. 102 und 117.

¹³¹ BGE 131 I 455, E. 1.2; vgl. auch BGer, StA, 19.9.2007, 6B_319/2007, E. 2.

¹³² AS 2010 3267, 3294; vgl. Gesetzgebungsgeschichte oben bei der Kommentierung zum Privatkläger (N 9c) sowie JEANNERET, ZStrR 2010, 316 f.

¹³³ AS 2006 1205, 1227.

¹³⁴ Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 124; «Zwischenlösung» (Bundesrätin Widmer-Schlumpf), Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160.

te.¹³⁵ Bevor nachfolgend im Detail auf die Legitimation eingegangen wird, kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber den einfachen Geschädigten künftig in weitergehendem Masse zur Beschwerde zulassen will als bisher.

a) Allgemeine Legitimationsvoraussetzungen

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

- Erstens muss er die **allgemeinen Beschwerde Voraussetzungen** erfüllen. Danach ist zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 81 Abs. 1 lit. a)¹³⁶ und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (lit. b) hat. Hierzu wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass die Privatküglerschaft aufgrund ihrer Parteistellung (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO) Teilnehmerin am vorinstanzlichen Verfahren ist (vgl. N 2). Die *allgemeine* Voraussetzung des rechtlich geschützten Interesses wird bei der Privatküglerschaft (weitestgehend) durch das *besondere* Erfordernis von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 konkretisiert, wonach der «*angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche*» muss auswirken können. Eine Ausnahme gilt nur im Rahmen der «Star-Praxis». Hier ergibt sich das Rechtsschutzinteresse aus dem Recht auf Verfahrensteilnahme selbst.¹³⁷
- Zweitens muss der Beschwerdeführer **Geschädigter** im Sinne von Art. 115 StPO sein. Als geschädigt gilt die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten *unmittelbar* verletzt worden ist (Abs. 1). Eine unmittelbare Verletzung ist nur gegeben bei Beeinträchtigung strafrechtlich geschützter Individualrechtsgüter (z.B. Leben, körperliche Integrität, Eigentum, Vermögen, Freiheit, Ehre etc.).¹³⁸ Bei Straftaten gegen Gemeininteressen wird eine unmittelbare Verletzung nur bejaht, wenn die fragliche Straftat sich auch gegen mitgeschützte individuelle Rechte richtete.¹³⁹ Die zur Stellung eines Strafantrags berechtigte Person gilt in jedem Fall als geschädigte Person (Art. 115 Abs. 2 StPO).
- Drittens muss sich die geschädigte Person im kantonalen Verfahren als **Privatküglerschaft konstituiert** haben (Art. 118 ff. StPO). Dass die Geschädigten Interesse am Verfahren bekundet haben, wurde bisher über die allgemeine Voraussetzung der Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz und der Stellung von Entschädigungsbegehren abgesichert. Zu diesen materiellen kommt neu das formelle Kriterium der Konstituierungserklärung hinzu.

¹³⁵ Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweirat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatküglere); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 122 ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB SR 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

¹³⁶ Hierzu grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 144; zur Verfahrensteilnahme ferner KOLLY, *pourvoi en nullité*, 30 f.

¹³⁷ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 2.1.

¹³⁸ Vgl. etwa BGer, I. ÖRA, 18.8.2008, 1B_134/2008, E. 1.2 (betr. Betrug).

¹³⁹ BGer, I. ÖRA, 7.9.2004, 1A.153/2004/1P.377/2004, E. 4 zu dem mit Art. 115 StPO identischen Art. 47 StrV/BE; zur Abgrenzung im Einzelnen: BGE 117 Ia 135, E. 2 (Landfriedensbruch); 118 Ia 14, E. 2b (Nachtruhestörung); 119 Ia 342, E. 2b (Urkundenfälschung, Art. 251 StGB); 120 Ia 220, E. 3 (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit, Art. 261 StGB), je m.w.Hinw.

Art. 81 49–51 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

- Viertens muss sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung der **Zivilforderungen** der Privatklägerschaft auswirken können (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5).¹⁴⁰ Diese Voraussetzung ist – wie bereits beim Opfer – der Dreh- und Angelpunkt der Geschädigtenlegitimation. Fünf Fallgruppen werden in der Folge besprochen: Die Legitimation des Geschädigten im Zivilpunkt (N 13j), im Schuld- und Strafpunkt (N 13k), bei der Schädigung durch Beamte (N 13r), zur Geltendmachung von Verfahrensrechten (N 13s) sowie die übrigen Fälle der Legitimation des Geschädigten (N 13u).

b) Legitimation des Geschädigten im Zivilpunkt

- 49** Bei der Legitimation im Zivilpunkt geht es streng genommen nicht um «Auswirkungen» des Strafurteils auf den Zivilpunkt im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5, sondern um den Zivilpunkt selbst. Es sind dies Fälle der Anfechtung von **Adhäsionsansprüchen**, die im Strafverfahren letztinstanzlich mitbeurteilt wurden. Soweit die Voraussetzungen zur Anfechtung zivilrechtlicher (Adhäsions-)Ansprüche mit der Beschwerde in Strafsachen erfüllt sind (vgl. vorne N 2), ist auch der Geschädigte hierzu berechtigt. Im Zivilpunkt war er stets zur Beschwerde legitimiert.¹⁴¹

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

- 50** Die Legitimation des Geschädigten im Schuld- und Strafpunkt ist Gegenstand anhaltender Kontroversen. Zur **Terminologie**: In der Rechtsprechung werden die Begriffe Schuld- und Strafpunkt teilweise synonym verwendet, teilweise wird von Strafpunkt gesprochen, wenn in Wirklichkeit nur die Strafe zur Diskussion steht.¹⁴² In der vorliegenden Kommentierung wird zwischen Zivil- und Strafpunkt unterschieden. Der Strafpunkt seinerseits umfasst als Schuldpunkt diejenigen Teile des Strafurteils, welche Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld betreffen. Der Bestrafungspunkt betrifft die Rechtsfolgenseite des Strafurteils, also die ausgesprochene Strafe und/oder Massnahme sowie den bedingten Strafaufschub.
- 51** Seit der «Abschaffung» der Geschädigtenlegitimation mit der BStP-Revision von 2001 blieben die Geschädigten in **ständiger Rechtsprechung** von einer Beschwerde im Strafpunkt, das heisst im Schuld- und im Bestrafungspunkt, ausgeschlossen.¹⁴³ Auch nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes vom 17.6.2005 lehnte es das Bundesgericht ab, die Geschädigten zur Beschwerde im Strafpunkt zuzulassen.¹⁴⁴ Diesen fehle ein rechtlich geschütztes Interesse, weil der Strafanspruch dem Staat und nicht dem Individuum zustehe. Der Botschaft könne kein gesetzgeberischer Wille zur Legitimation des Geschädigten entnommen werden. Unter Hinweis auf die Praxis unter altem Recht führt das Bundesgericht aus: «*Eine Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen im strafrechtlichen Schuldpunkt wäre im Vergleich zum bisherigen Recht*

¹⁴⁰ BGer, StA, 4.12.2008, 6B_783/2008, E. 1 (Wirkungen eines Freispruchs auf die Opferforderungen); zur Tangierung der Zivilansprüche grundlegend BOMMER, Verletztenrechte, 150 ff.; differenzierend DONZALLAZ, Commentaire, Art. 81 Rz. 2616.

¹⁴¹ BGE 136 IV 29, E. 1.4 und 1.9.

¹⁴² Vgl. etwa BGE 136 IV 41, E. 1.1.

¹⁴³ BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.1; StA, 26.5.2003, 6S.709/2000, E. 3.1.; BGE 129 IV 206, E. 1; 128 IV 37, E. 3; Art. 270 lit. e BStP in der Fassung gemäss Ziff. II 3 des BG vom 23.6.2000, in Kraft seit 1.1.2001 (AS 2000 2719, 2724; BBl 1999 9518, 9606); vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 4. und 8.9.1999 zur Teilrevision des Bundesrechtspflegegesetzes zur Entlastung des Bundesgerichts, BBl 1999 9524.

¹⁴⁴ S.a. LIEBER, ZStrR 2008, 181.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

52–55 Art. 81

eine radikale Neuerung, welche im Übrigen eine erhebliche Zunahme von Beschwerden an das Bundesgericht zur Folge hätte [...] Der Geschädigte ist eine zentrale Person im Strafprozessrecht. Wäre er im Schuldpunkt zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, so müsste er in der beispielhaften Aufzählung der insbesondere zur Beschwerde Berechtigten in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG vernünftigerweise genannt werden.»¹⁴⁵

Ab der Revision des Bundesstrafprozesses zur Entlastung des Bundesgerichts (1.1.2001¹⁴⁶) war der Ausschluss des Geschädigten vom klaren Entlastungswillen des Gesetzgebers und dem abschliessenden Wortlaut von Art. 270 Abs. 4 BStP getragen. Dies änderte sich mit Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (1.1.2007¹⁴⁷). Art. 81 ist als Generalklausel mit einer nicht abschliessenden («insbesondere») Aufzählung von Regelbeispielen strukturiert. Wer ein Rechtsschutzinteresse und die Verfahrensteilnahme vor Vorinstanz nachweisen kann, ist unabhängig von der expliziten Aufzählung beschwerdelegitimiert. Auch der Bundesrat wies in einer Motionsantwort auf die nicht abschliessende Liste von Beschwerdeberechtigten hin: «Das neue Recht wird es dem Bundesgericht somit ermöglichen, auch Geschädigten, die nicht Opfer sind, die Legitimation zur Beschwerde in Strafsachen einzuräumen».¹⁴⁸

Obwohl der offene Gesetzeswortlaut und der Wille des Gesetzgebers eine Prüfung des Rechtsschutzinteresses im Einzelfall nahelegten, schloss das Bundesgericht die Geschädigten unter dem Régime des BGG im Strafpunkt, also im Schuld- und im Bestrafungspunkt, kategorisch von der Beschwerde aus. Die Begründungen überzeugen freilich nicht. Dass der Strafanspruch dem Staat zustehe,¹⁴⁹ spricht nur gegen eine Legitimation im Bestrafungspunkt, nicht aber gegen eine Legitimation im Schuldpunkt.¹⁵⁰ Dass der Geschädigte – als zentrale Figur des Strafverfahrens – explizit hätte genannt werden müssen,¹⁵¹ ist an sich ein plausibles Argument. Es lässt sich jedoch mit dem Wortlaut von Art. 81 («insbesondere») und dem Konzept einer nicht abschliessenden Aufzählung schlechterdings nicht in Einklang bringen. Das Bundesgericht lehnte die Geschädigtenlegitimation vor allem aus Kapazitätsgründen ab. Es berief sich hierbei auf die ratio des Bundesgerichtsgesetzes, mit welchem (nebst einem Ausbau des Rechtsschutzes [!]) auch eine Entlastung des Bundesgerichts angestrebt wurde.¹⁵² Doch auch hier gilt: Bundesgesetze sind für das Bundesgericht massgebend (Art. 190 BV). Eine Interpretation eines Bundesgesetzes nach der ratio legis kann nicht entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut erfolgen.

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

Dies gilt erst recht **ab 1.1.2011**. Auf diesen Zeitpunkt hin wurde die Geschädigtenlegitimation nach BGG erweitert. Der Gesetzgebungsprozess zur Vereinheitlichung des Strafprozesses war von einem zähen Ringen um die Geschädigtenlegitimation begleitet.

¹⁴⁵ BGE 136 IV 29, E. 1; s.a. BGE 133 IV 228, E. 2.

¹⁴⁶ Art. 270 lit. e BStP in der Fassung gemäss Ziff. II 3 des BG vom 23.6.2000, in Kraft seit 1.1.2001 (AS 2000 2719, 2724; BBl 1999 9518, 9606).

¹⁴⁷ AS 2006 1205, 1227.

¹⁴⁸ Motion von NR D. VISCHER, Erweiterung der Beschwerdelegitimation im Strafverfahren vor BGer; www.parlament.ch, Curia vista, Geschäft: 06.3097.

¹⁴⁹ BGE 133 IV 228, E. 2.

¹⁵⁰ Vgl. dazu die Ausführungen zur Legitimation des Opfers im Schuld- und Bestrafungspunkt N 12a und 12d.

¹⁵¹ BGE 136 IV 29, E. 1.7.1.

¹⁵² Botschaft 2001 4202, 4208.

Art. 81 56–58 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

Mit der **Schweizerischen Strafprozessordnung** vom 5.10.2007 wurde eine umfassende Geschädigtenlegitimation eingeführt. Das Bundesgericht intervenierte gegen diese Ausdehnung, sodass der Bundesrat im Entwurf zum Strafbehördenorganisationsgesetz eine Rückkehr zum Wortlaut des BGG von 2005 vorschlug. Damit konnte er sich im Parlament jedoch nicht durchsetzen. Nach einem mehrmaligen Hin und Her sowie ausführlichen Diskussionen beschlossen die Räte eine «Mittel-» respektive «Zwischenlösung». Der Geschädigte sollte nicht die vollen Rechtsmittelbefugnisse der StPO, gleichzeitig aber mehr Rechte als bisher unter dem BGG haben.¹⁵³ Vor diesem Hintergrund ist die neue Regelung zu interpretieren.

- 56** Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b ist zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt: «5. die *Privatklägerschaft*, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann».¹⁵⁴ Es wurde bereits für das Opfer dargelegt, dass sich der Schuld auf den Zivilpunkt auswirken kann. Das Gleiche gilt auch für den Geschädigten. Wird der Angeklagte etwa vom Betrugsvorwurf wegen Mitverschuldens des Betrogenen freigesprochen, kann dies auch Auswirkungen auf die Zivilforderungen des Betrugsgeschädigten haben. Wird andererseits einem Dieb der bedingte Strafvollzug gewährt, kann sich dieser Bestrafungspunkt nicht auf die Zivilforderungen des Bestohlenen auswirken. Im **Ergebnis** könnte die vom Gesetzgeber vorgegebene Ausdehnung der Legitimation somit über eine Zulassung der Geschädigten im *Schuldpunkt* verwirklicht werden.

d) Keine Legitimation des Geschädigten bei Schädigung durch Beamte?

- 57** Nach einer bereits erläuterten Praxis sind Opfer, die von Beamten geschädigt wurden, nicht zur Beschwerde im Strafpunkt legitimiert.¹⁵⁵ Weil Entschädigungsansprüche gegenüber Beamten **öffentlich-rechtlicher** Natur sind, könne sich der Strafscheid nicht auf die **Zivilansprüche** des Opfers auswirken.¹⁵⁶ Diese Praxis wendet das Bundesgericht auch auf Geschädigte an.¹⁵⁷ Diese Praxis ist klar abzulehnen.¹⁵⁸ Hier bestünde Raum, dem gesetzgeberischen Willen zur Lockerung der Geschädigtenlegitimation Rechnung zu tragen.

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

- 58** Wie bisher kann der Geschädigte mit der Beschwerde in Strafsachen die Verletzung von Rechten rügen, die ihm als am Verfahren beteiligte Partei nach dem massgebenden Prozessrecht oder unmittelbar aufgrund der BV oder der EMRK zustehen (sog. «**Star-Praxis**»¹⁵⁹). Insofern hat der Geschädigte ein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne

¹⁵³ Vgl. zum Ganzen die Ausführungen zur Gesetzgebungsgeschichte in der Kommentierung zur Legitimation des Privatklägers oben sowie: Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweitrat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 122 ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

¹⁵⁴ AS 2010 3267, 3294.

¹⁵⁵ Vgl. vorne N 12d; BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 1; eine Ausnahme von diesem Beschwerdeausschluss besteht bei der Anfechtung wegen Verletzung von Verfahrensrechten («Star-Praxis»), BGE 131 I 455, E. 1.2.4, dazu N 13s.

¹⁵⁶ BGE 128 IV 188, E. 2; 127 IV 189, E. 2b; 125 IV 161, E. 2b.

¹⁵⁷ BGE 127 IV 189, E. 2b.

¹⁵⁸ Vgl. die Kritik zur Opferlegitimation vorne N 13–13b.

¹⁵⁹ BGer, StA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 1.2; BGE 126 I 81, E. 7b.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

59, 60 Art. 81

von Art. 81 Abs. 1 lit. b.¹⁶⁰ Nach der älteren Standardformulierung ist der Geschädigte unabhängig von einer fehlenden Legitimation in der Sache berechtigt, die Verletzung von Verfahrensrechten geltend zu machen, deren Missachtung eine «**formelle Rechtsverweigerung**» darstellt. Das rechtlich geschützte Interesse ergibt sich in diesem Fall nicht aus einer Berechtigung in der Sache, sondern aus der Berechtigung, am Verfahren teilzunehmen. Der Beschwerdeführer kann die Verletzung jener Parteirechte rügen, die ihm nach dem kantonalen (und nunmehr nach schweizerischen) Verfahrensrecht,¹⁶¹ der BV oder der EMRK zustehen. Zulässig sind Rügen, die formeller Natur sind und von der Prüfung der Sache getrennt werden können. Nicht zu hören sind Rügen, die im Ergebnis auf eine materielle oder eine Überprüfung der Beweiswürdigung des angefochtenen Entscheids abzielen.¹⁶² Dies bedeutet im Ergebnis, dass Geschädigten kein rechtlich geschütztes Interesse an der richtigen Anwendung des materiellen Rechts (insb. StGB) zugestanden wird.¹⁶³

Unter diesem Titel können etwa die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV),¹⁶⁴ des Beschleunigungsgebots (Art. 29 Abs. 1 BV),¹⁶⁵ des Akteneinsichtsrechts¹⁶⁶ oder die verweigerte Zusprechung einer Parteientschädigung¹⁶⁷ oder Anerkennung der Geschädigtenstellung¹⁶⁸ vorgebracht werden. Der Geschädigte hat sogar ein rechtlich geschütztes Interesse an der Nichtverwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels. Das Bundesgericht leitet dieses aus dem rechtlichen Gehör und dem Recht ab, Beweisanträge zu stellen.¹⁶⁹ Mangels rechtlich geschützter Interessen sollen die Geschädigten jedoch nicht die falsche Anwendung der Wiedergutmachungsbestimmung (Art. 53 StGB) rügen können.¹⁷⁰

f) Übrige Fälle der Geschädigtenlegitimation

Wie bereits bei den allgemeinen Beschwerde Voraussetzungen ausgeführt, haben die Geschädigten im Übrigen ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, soweit sie die Verletzung von Normen anrufen, die ihnen Anspruchsrechte einräumen. So sind Geschädigte berechtigt Beschwerde zu erheben gegen den Verzicht auf **Einziehung** beziehungsweise ersatzweise Einforderung der Erträge, gegen den Entscheid über die **Verwendung des Verwertungserlöses** (Art. 73 Abs. 1 StGB)¹⁷¹ oder gegen die **Aufhebung von Kontosperrn** und die Herausgabe beschlagnahmter Vermögenswerte (Art. 70 Abs. 1 StGB). Diese Bestimmungen gewährleisten den Geschädigten ein Recht auf Zusprechung eingezogener Vermögenswerte, weshalb das Rechtsschutzinteresse und damit die Legitimation zu bejahen sind.¹⁷² Der angeblich an einem **konfiszierten Konto** (Art. 73 BStP) Berechtigte ist zur Beschwerde

¹⁶⁰ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2 m. zahlreichen Hinw.

¹⁶¹ So auch SCHMID, Handbuch, N 1672 FN 573.

¹⁶² BGE 136 IV 41, E. 1.4; BGer, StA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.1; StA, 21.2.2008, 6B_686/2007, E. 4 je m.Hinw.

¹⁶³ SCHMID, Handbuch, N 1672.

¹⁶⁴ BGE 136 IV 41, E. 1.4, indes mit fraglicher Begründung.

¹⁶⁵ BGer, I. ÖRA, 18.8.2008, 1B_134/2008, E. 1.2; Commentaire LTF-FERRARI, Art. 81 N 48.

¹⁶⁶ BGer, StA, 21.2.2008, 6B_686/2007, E. 3.2.

¹⁶⁷ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.3.

¹⁶⁸ BGer, StA, 21.2.2008, 6B_686/2007, E. 3.2.

¹⁶⁹ BGer, StA, 12.11.2009, 6B_536/2009, E. 1.4.

¹⁷⁰ BGE 136 IV 41, E. 1.2; kritisch ABO YOUSSEF, forumpoenale 2010, 316 f.

¹⁷¹ BGer, StA, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.2; StA, 24.8.2009, 6B_53/2009, E. 1.2; I. ÖRA, 12.3.2008, 1B_212/2007, E. 1.4.

¹⁷² BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/200, E. 1.4 m. Hinw. Auf BGE 126 I 97, E. 1a.

Art. 81 61–63 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

legitimiert.¹⁷³ Auch diese Geschädigten wurden bereits unter bisherigem Recht zur Beschwerde zugelassen, weshalb sich die vom Gesetzgeber geforderte Erweiterung der Beschwerdelegitimation nicht auf sie beziehen kann.

g) Zusammenfassung

- 61** Unter bisherigem Recht waren die einfachen Geschädigten im Zivilpunkt (N 13j), bei der Geltendmachung von Verfahrensrechten («Star-Praxis»; N 13s) sowie etwa in Einziehungsfällen nach Art. 70 ff. StGB (N 13u) umfassend zur Beschwerde legitimiert. Die vom Gesetzgeber gewünschte Ausdehnung der Legitimation des Privatklägers¹⁷⁴ muss sich indes auf Punkte beziehen, in denen der Geschädigte bisher von der Beschwerde ausgeschlossen war. Dies trifft insbesondere zu auf Anfechtungen im Strafpunkt (N 13k). Bisher waren Geschädigte sowohl im Schuld- als auch im Bestrafungspunkt kategorisch von der Beschwerde ausgeschlossen. Hier wird das Bundesgericht seine Zulassungspraxis lockern müssen, soweit Geschädigte Auswirkungen auf den Zivilpunkt in seiner Beschwerde glaubhaft darlegen (Art. 42). Dasselbe muss auch für Geschädigte gelten, die durch Beamte geschädigt wurden (N 13r).
- 62** Der Bundesgerichtspräsident hat sich jüngst zur Legitimation der Privatkläger geäußert: «*Welche Auswirkungen die Erweiterung des Beschwerderechts haben wird, ist noch nicht absehbar. Das Bundesgericht schreibt im Übrigen seine bisherige Rechtsprechung fort*».¹⁷⁵ Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht seine Zulassungspraxis unter neuem Recht lockert. Es entspricht einem modernen Prozessrechtsverständnis, die als Privatkläger konstituierten Opfer und Geschädigten mit den übrigen Parteien auf Augenhöhe zu stellen (Art. 104 StPO). Der Respekt vor Deliktsbetroffenen gebietet, Beschwerden zumindest entgegenzunehmen, selbst wenn deren inhaltliche Behandlung mit einem gewissen Mehraufwand verbunden ist.

9. Strafantragsteller/in (Ziff. 6)

- 63** Die Person, die den Strafantrag stellt, ist zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, soweit es um das **Strafantragsrecht als solches** geht. Auch diese Bestimmung wurde tel quel aus dem alten Recht übernommen.¹⁷⁶ Mit der Legitimation der strafantragstellenden Person in Bezug auf den Strafantrag soll einzig sichergestellt werden, dass die Bestimmungen über den Strafantrag (Art. 30 ff. StGB) bundesweit einheitlich angewendet werden. Ziff. 6 verschafft dem Strafantragsteller kein Recht, den Entscheid in der Sache anzufechten.¹⁷⁷ Ist die Antragstellerin mit der Verurteilung des Täters, welcher wegen eines Antragsdelikts schuldig/frei gesprochen wurde, nicht einverstanden, so geht es nicht länger um das Strafantragsrecht als solches.¹⁷⁸ Sie ist dann allenfalls als Privat-

¹⁷³ BGE 133 IV 278, E. 1.3.

¹⁷⁴ Vgl. die Ausführungen zur Gesetzgebungsgeschichte in der Kommentierung zur Legitimation des Privatklägers vorne N 9c–i sowie: Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB 2009 S 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweitrat: Sitzung vom 10.12.2009, AB 2009 N 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB 2010 S 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des Nationalrats vom 3.3.2010, AB 2010 N 122 ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB 2010 S 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

¹⁷⁵ MEYER, ZBJV 2010, 850.

¹⁷⁶ Art. 270 lit. f aBStP; vgl. BGE 136 IV 29, E. 1.4.

¹⁷⁷ BGer, StA, 23.3.2009, 6B_948/2008, E. 1.2.1; BGE 127 IV 185, E. 2.

¹⁷⁸ BGE 127 IV 185, E. 2; vgl. auch BGE 120 IV 107, E. 1b.

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

64–67 Art. 81

klägerin zur Beschwerde legitimiert.¹⁷⁹ Um das Strafantragsrecht als solches geht es zum Beispiel, wenn streitig ist, ob sich der Untersuchungsrichter bei der Verfahrenseinstellung zu Recht auf die Unteilbarkeit des Strafantrags gemäss Art. 31 Abs. 3 StGB stützte.¹⁸⁰

Zu beachten ist, dass der Strafantragsteller nach neuem Recht mit der Stellung seines Antrags eo ipso zum **Privatkläger** wird. Nach Art. 118 StPO gilt als Privatklägerschaft die geschädigte Person, die *ausdrücklich erklärt*, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen (Abs. 1). Der Strafantrag ist dieser Erklärung gleichgestellt (Abs. 2). Da das Bundesgericht die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 29 Abs. 1),¹⁸¹ ist beim Strafantragsteller immer auch zu untersuchen, ob er nicht als Privatkläger zur Beschwerde zuzulassen ist. **64**

Die Strafantragstellerin darf nicht verwechselt werden mit der Person, die Strafanzeige erstattet.¹⁸² Aus der Stellung als **Strafanzeigerin** als solche ergibt sich keine Beschwerdelegitimation.¹⁸³ Soweit die Strafanzeige erstattende Person gleichzeitig das Opfer der angezeigten Straftat ist, ist sie allenfalls in dieser Eigenschaft nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 beschwerdelegitimiert. **65**

10. Beschwerdeberechtigung in Verwaltungsstrafsachen (Ziff. 7)

Die **Staatsanwaltschaft des Bundes** und die **beteiligte Verwaltung** (z.B. die Eidgenössische Zoll- oder Steuerverwaltung)¹⁸⁴ sind in Verwaltungsstrafsachen nach dem Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht zur Beschwerde legitimiert. In der älteren Rechtsprechung hatte das Bundesgericht die beteiligte Verwaltung zunächst zur Nichtigkeitsbeschwerde in Verwaltungsstrafsachen zugelassen,¹⁸⁵ dann wieder ausgeschlossen und nur noch die Bundesanwaltschaft zugelassen.¹⁸⁶ Weil in Verwaltungsstrafsachen die ganze Fachkompetenz bei der beteiligten Verwaltung liegt, wurde Art. 83 Abs. 1 VStrR durch die «Effizienzvorlage» explizit um eine Beschwerdeberechtigung der beteiligten Verwaltung erweitert.¹⁸⁷ Diese Regelung wurde im Rahmen der formellen Bereinigung des Bundesrechts nachträglich auch in das Bundesgerichtsgesetz überführt.¹⁸⁸ **66**

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

Die Staatsanwaltschaft des Bundes, also die Bundesanwaltschaft (Art. 7 StBOG),¹⁸⁹ ist zur Beschwerde berechtigt, wenn das Bundesrecht vorsieht, dass ihr der **Entscheid** **67**

¹⁷⁹ Vgl. dazu die Kommentierung zur Legitimation des Privatklägers, vorne N 9a ff.

¹⁸⁰ BGE 132 IV 97, nicht publ. E. 1 (BGer, StA, 23.11.2006, 6P.24/2006, E. 1).

¹⁸¹ BGer, StA, 12.11.2009, 6B_536/2009, E. 1.1; abweichend BGer, I. ÖRA, 30.9.2008, 1B_288/2007, E. 1.4: «il ricorrente deve dimostrare la sua legittimazione» (Beschwerde durch Eidg. StV).

¹⁸² Zur Abgrenzung vgl. BSK StGB I-RIEDO, vor Art. 28 N 16.

¹⁸³ BGE 129 IV 197, E. 1; 128 IV 37, E. 3.

¹⁸⁴ BGer, StA, 16.10.2008, 6B_686/2008, E. 1 (Beschwerdelegitimation der Eidg. Zollverwaltung); s.a. BGer, I. ÖRA, 30.9.2008, 1B_288/2007, E. 1.4.5 (Eidg. StV).

¹⁸⁵ BGE 105 IV 286, E. 3.

¹⁸⁶ BGE 117 IV 484, E. 2; dazu Botschaft «Effizienzvorlage» BBl 1998 1529, 1560.

¹⁸⁷ Botschaft «Effizienzvorlage» BBl 1998 1529, 1560 und 1577; BGE 128 IV 92, E. 4c.

¹⁸⁸ Botschaft formelle Bereinigung BBl 2007 6121, 6151; AS 2008 3437, 3441.

¹⁸⁹ Zur Terminologie vgl. Kommentierung zur Staatsanwaltschaft der Bundes/Bundesanwaltschaft vorne N 7a.

Art. 81 68–71 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

mitzuteilen ist (Art. 81 Abs. 2). Welche Entscheide der Bundesanwaltschaft mitzuteilen sind, ergibt sich aus Art. 1 Ziff. 2 und Art. 2 der Verordnung vom 10.11.2004 über die Mitteilung kantonalen Strafentscheide (Mitteilungsverordnung; SR 312.3).¹⁹⁰

- 68** Die Staatsanwaltschaft des Bundes/Bundesanwaltschaft (Art. 7 StBOG) ist ferner zur Beschwerde berechtigt, wenn die Strafsache den kantonalen Behörden zur Beurteilung überwiesen worden ist (Art. 81 Abs. 2). Mit den überwiesenen Strafsachen sind die so genannten **Delegationsstrafsachen** (Art. 25 StPO) gemeint. Strafsachen der «Bundesgerichtsbarkeit» (Art. 23 f. StPO, «Jurisdiction fédérale», «Giurisdizione federale») kann die Staatsanwaltschaft des Bundes/Bundesanwaltschaft zur Untersuchung und/oder Beurteilung an die Kantone delegieren.¹⁹¹ Grundsätzlich verfolgt die Staatsanwaltschaft des Bundes/Bundesanwaltschaft Straftaten in Bundesgerichtsbarkeit. Tritt sie die Untersuchung und Beurteilung an einen Kanton ab, so behält sie über Art. 81 Abs. 2 die Möglichkeit, das letztinstanzliche kantonale Urteil mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weiterzuziehen. Damit kann eine einheitliche Anwendung der Straftaten in Bundeszuständigkeit abgesichert werden.

12. Behördenlegitimation betreffend Straf-/Massnahmenvollzug (Abs. 3)

- 69** Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 78 Abs. 2 lit. b) können auch von der Bundeskanzlei, den **Departementen des Bundes** oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, den ihnen unterstellten Dienststellen angefochten werden, wenn der angefochtene Entscheid die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann (Art. 81 Abs. 3). Entscheide über den Straf- und Massnahmenvollzug galten unter altem Recht als materiell verwaltungsrechtlicher Natur und unterlagen deshalb letztinstanzlich nicht der Nichtigkeits- sondern der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Auch wenn sich an dieser formellen Einschätzung nichts geändert hat, unterstehen sie wegen ihrer Nähe zum Strafrecht neu der Beschwerde in Strafsachen. Art. 81 Abs. 3 übernimmt insoweit die Regelung von Art. 103 lit. b OG. Gemäss der Botschaft dürfe der Einbezug des Straf- und Massnahmenvollzugsbereichs in die Beschwerde in Strafsachen nicht dazu führen, dass das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement davon abgehalten wird, gegen einen einschlägigen kantonalen Entscheid Beschwerde zu führen.¹⁹² Soweit ersichtlich bestehen indes keine Präzedenzfälle, in denen ein Bundesamt in Bezug auf Straf- und Massnahmenvollzug Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt hat.¹⁹³ Praxisgemäss wurde das EJPD hingegen zur Stellungnahme zu solchen Beschwerden eingeladen.¹⁹⁴
- 70** Auch bei der Beschwerde nach Art. 81 Abs. 3 stellt sich die Frage, inwieweit die Behörden die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen können.¹⁹⁵ In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde war es den Behörden verwehrt, Grundrechte anzurufen.¹⁹⁶
- 71** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Wahrung rein öffentlicher Interessen nach Art. 81 Abs. 3 im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs (Art. 78 Abs. 2

¹⁹⁰ AS 2004 4865.

¹⁹¹ SCHMID, Handbuch, N 407 ff.; zum alten Recht (Art. 18 f. BStP; Art. 336 f. StGB) vgl. BSK StGB²-NAY/THOMMEN, Art. 336 N 19 ff.

¹⁹² Botschaft 2001 4318.

¹⁹³ Vgl. immerhin BGer, StA, 29.11.2005, 6A.47/2005, E. 2.

¹⁹⁴ BGE 122 IV 8; ferner BGer, KassH, 6.3.1995, 6A.147/1994, lit. g, Pra 1996 Nr. 175, 643; weiter BGer, StA, 12.5.2006, 6A.20/2006, lit. c.

¹⁹⁵ Vgl. dazu die Kommentierung zur Staatsanwaltschaft vorne N 6, sowie ausführlich die Voraufgabe Art. 81 N 7.

¹⁹⁶ BGE 122 IV 8, E. 2a; vgl. das obiter dictum in BGE 124 II 409, E. 5.

lit. b) dem Eidgenössischen **Justiz- und Polizeidepartement** vorbehalten. Das **Amt für Justizvollzug** des Kantons Zürich hat keine eigenen, rechtlich geschützten Interessen an der Aufhebung eines Verwaltungsgerichtsentscheids, mit dem es angewiesen wird, eine bedingte Entlassung näher zu prüfen.¹⁹⁷ Im gleichen Sinne entschied das Bundesgericht, dass das **Bezirksamt Münchwilen/TG** nicht zur Anfechtung einer für nichtig erklärten Friedensbürgschaft berechtigt ist. Einzig das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ist auf diesem Gebiet zur Wahrung rein öffentlicher Interessen befugt.¹⁹⁸ Die Eidgenössische **Steuerverwaltung** ist zur Anfechtung eines bundesstrafgerichtlichen Entscheids über einen Entsiegelungsantrag berechtigt.¹⁹⁹

13. Weitere Legitimierte

Aus der offenen Formulierung von Art. 81 folgt, dass wer die vorinstanzliche Verfahrensteilnahme und eine Verletzung in rechtlich geschützten Interessen nachweisen kann, zur Beschwerde legitimiert ist.²⁰⁰ Bereits in der Botschaft genannt wurden die **Nachkommen** der Beschuldigten und Geschädigten. **Erbengemeinschaften** sind zur Beschwerde legitimiert, sofern sie als Erbengemeinschaft am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt waren und ein Rechtsschutzinteresse nachweisen können, was etwa für die Verletzung von Verfahrensrechten, die Verweigerung von Entschädigung und Genugtuung an die Erbengemeinschaft und die Verletzung retentionsrechtlicher Herausgabeansprüchen bejaht wurde.²⁰¹ In einem anderen Fall verstarb der Beschwerdeführer nach Erhebung der Beschwerde in Strafsachen. Das Bundesgericht verneinte die Legitimation der Erben zur Anfechtung der strafrechtlichen Verurteilung und des damit zusammenhängenden Kosten- und Entschädigungspunkts, liess sie jedoch zur Beschwerde gegen die dem Verstorbenen auferlegten Schadenersatzzahlungen zu.²⁰² Wie unter altem Recht hat die Einreichung der Beschwerde durch sämtliche Erben gemeinsam respektive durch einen gemeinsam bestellten Erbenvertreter, Willensvollstrecker oder Erbschaftsverwalter zu erfolgen, weil nur die Gesamtheit der Erben berechtigt ist, die der Gemeinschaft zustehenden Ansprüche geltend zu machen.²⁰³

Auch die durch eine **Einziehung** oder **Urteilspublikation** berührten Personen sind beschwerdelegitimiert.²⁰⁴ Ferner wurden die **Unternehmung** (Art. 102 f. StGB), durch **Einziehungs-** oder strafprozessuale **Zwangsmassnahmen** betroffene Dritte, **Friedensbürgen** und durch **Kosten-** und **Entschädigungsentscheide** betroffene Personen erwähnt.²⁰⁵

Wie bereits oben ausgeführt sind Geschädigte berechtigt, Beschwerde zu erheben gegen den Verzicht auf **Einziehung** beziehungsweise ersatzweise Einforderung der Erträge, gegen den Entscheid über die Verwendung des **Verwertungserlöses** (Art. 73 Abs. 1 StGB)²⁰⁶ oder gegen die Aufhebung von **Kontosperrn** und die Herausgabe beschlag-

¹⁹⁷ BGE 133 IV 121, E. 1.

¹⁹⁸ BGer, StA, 13.8.2009, 6B_351/2009, E. 1.

¹⁹⁹ BGer, I. ÖRA, 30.9.2008, 1B_288/2007, E. 1.4.

²⁰⁰ BGE 133 IV 228, E. 2.3.

²⁰¹ BGer, StA, 12.8.2007, 6B_482/2007/6B_483/2007/6B_176/2008/6B_180/2008, E. 16 ff.; DONZALLAZ, Commentaire, Art. 78 Rz. 2549.

²⁰² BGer, StA, 20.5.2009, 6B_459/2008, E. 3.4.

²⁰³ BGE 102 Ia 430, E. 3.

²⁰⁴ Art. 270 lit. h aBStP.

²⁰⁵ SCHMID, ZStrR 2006, 187.

²⁰⁶ BGer, 29.10.2009, 29.10.2009, 6B_89/2009, E. 1.2.2; StA, 24.8.2009, 6B_53/2009, E. 1.2; I. ÖRA, 12.3.2008, 1B_212/2007, E. 1.4.

Art. 81 75, 76 3. Kapitel: Das Bundesgericht als ordentliche Beschwerdeinstanz

nahmter **Vermögenswerte** (Art. 70 Abs. 1 StGB).²⁰⁷ Der angeblich an einem **konfiszierten** Konto (Art. 73 BStP) Berechtigte ist zur Beschwerde legitimiert.²⁰⁸

- 75** In BGE 133 IV 335 bejahte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation eines **amtlichen Verteidigers**, dem sein Mandat wegen Interessenkonflikten entzogen worden war. SCHMID kritisiert, dass das rechtlich geschützte Interesse in casu auf Präjudizien gestützt wurde, die nicht die Beendigung, sondern die Entschädigung amtlicher Mandate betrafen. Der Anwalt habe kein rechtlich geschütztes Interesse an der Fortführung seines Mandats.²⁰⁹ Wenn sich ein Anwalt gegen Entscheide zur Wehr setzen kann, die die Ausübung seines amtlichen Mandats einschränken (z.B. durch zu geringe Bezahlung), sollte er sich doch erst recht gegen Entscheide wehren können, die sein Mandat beenden.
- 76** Der **Insolvenzverwalter** einer in Konkurs gefallenen Aktiengesellschaft, welche für einen Beschuldigten eine Kautions geleistet hat, ist zur Erhebung der Beschwerde an das Bundesgericht in eigenem Namen legitimiert. In casu ging es um eine (Flucht-) **Kautions**, die eine Aktiengesellschaft für einen in ein Betrugsverfahren verwickelten Beschuldigten stellte. Nach dem teilweisen Freispruch des Beschuldigten beschlossen die kantonalen Instanzen die Freigabe der Kautions und deren sofortige Beschlagnahme zur (verrechnungsweisen) Deckung der Verfahrenskosten. Dagegen wandte sich der (deutsche) Insolvenzverwalter der Aktiengesellschaft mit Erfolg. Gemäss Bundesgericht ist der Insolvenzverwalter auch ohne vorgängige Durchführung eines selbständigen **Anerkennungsverfahrens** und ohne Anhebung eines **Anschlusskonkurses** gemäss Art. 166 ff. IPRG zur Beschwerde zugelassen. Durch die (im Ergebnis als unhaltbar taxierte) «Verrechnung» der Kautions, sei die Konkursmasse der AG in ihren rechtlich geschützten Interessen tangiert.²¹⁰

²⁰⁷ BGer, StA, 1.7.2008, 6B_344/2007, E. 1.4 m. Hinw. auf BGE 126 I 97, E. 1a.

²⁰⁸ BGE 133 IV 278, E. 1.3.

²⁰⁹ SCHMID, Handbuch, N 1652 FN 515.

²¹⁰ BGE 135 I 63, E. 1.1.