

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 164

40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK

Herausgeber: Tobias Jaag/Christine Kaufmann

Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht

Andreas Donatsch
Irene Arnold

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Tobias Jaag, Christine Kaufmann

40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK

Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015
ISBN 978-3-7255-7352-3

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	5
Abkürzungsverzeichnis	7
TOBIAS JAAG/CHRISTINE KAUFMANN	13
Vorwort und Einführung	
ANDREAS KLEY/MARTIN SIGRIST	17
Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974	
REGINA KIENER	53
Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999	
ANDREAS DONATSCH/IRENE ARNOLD	91
Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht	
MAYA HERTIG RANDALL	115
Auswirkungen der EMRK auf andere Rechtsgebiete	
FRANK SCHÜRMAN	173
Wichtige Schweizer Fälle vor den EMRK-Organen	
HEINZ AEMISEGGER	201
Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht	
DANIEL RIETIKER	231
Die EMRK und der EGMR – Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen	

VALENTIN ZELLWEGER 255

**Die zentrale Bedeutung der EMRK für die Schweiz und für
Europa – Vor lauter Bäumen den Wald nicht aus den Augen
verlieren**

Eröffnungsvotum anlässlich des Podiumsgesprächs „EMRK und
schweizerisches Verfassungsrecht“

SIMONETTA SOMMARUGA 259

**Die Schweiz und die EMRK – eine Verbindung ohne
Verfalldatum**

Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht

Andreas Donatsch/Irene Arnold

Inhalt

I.	Einleitung	92
II.	Vereinheitlichung des schweizerischen Strafverfahrensrechts als Folge der Berücksichtigung des Konventionsrechts	93
	1. Konventionsrecht als Katalysator zur Harmonisierung der kantonalen Verfahrensrechte	93
	2. Berücksichtigung der Konventionsrechte bei der Ausgestaltung des schweizerischen Strafverfahrensrechts	93
III.	Ausbau der Rechte der Verfahrensbeteiligten – auch durch die Rechtsprechung zur EMRK – sowie dessen Folgen	95
	1. EMRK- sowie verfassungs- und damit prozessordnungskonformes Verfahren als Mittel zur Realisierung gerechter Verfahren und zur Erzielung möglichst gerechter Urteile	95
	2. Umsetzung der Rechtsprechung zur EMRK in der Rechtswirklichkeit	99
	3. Reaktion des Gesetzgebers auf das Missverhältnis zwischen zu bewältigenden Strafverfahren und zur Verfügung stehenden Strafverfolgungskapazitäten	102
	a) Ausgangslage	102
	b) Lösungsansatz des Gesetzgebers: besondere Verfahren und Strafbefreiung	104
	4. Auswirkungen dieses Lösungsansatzes in der Rechtswirklichkeit	106
IV.	Zusammenfassung	112

I. Einleitung

Im Rahmen eines Seminars mit dem Titel „40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK“ richtet sich der Blick in die Vergangenheit. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die Schweiz bzw. die schweizerischen Strafbehörden mit der EMRK und der Praxis des EGMR dazu umgegangen sind. Man könnte erwarten, dass nunmehr eine Antwort darauf erteilt wird, ob und gegebenenfalls inwieweit sich die schweizerischen Strafverfolgungsorgane und Gerichte an die EMRK gehalten haben und weiter halten. Interessieren würde zudem, wie es sich mit der Qualität der schweizerischen Urteile mit Blick auf die EMRK verhält. Das wäre für einen Beitrag wie den vorliegenden ein zu hoher Anspruch und würde vor allem dessen Rahmen bei weitem sprengen. Die Ausführungen beschränken sich daher auf ganz wenige Gesichtspunkte, welche aus wissenschaftlicher Perspektive wie auch aus der subjektiven Sicht eines ehemaligen Strafverfolgungsorgans und Richters von Relevanz sind. Der Ansatz ist also nicht ausschliesslich deskriptiver, sondern durchaus auch normativer Art.

Der Abhandlung werden vier Thesen vorangestellt, welchen im Rahmen unserer Ausführungen nachgegangen werden soll:

- Die EMRK sowie die Rechtsprechung dazu haben zum ersten zur Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts beigetragen und damit direkt sowie auch indirekt die Ausgestaltung der heute geltenden schweizerischen Strafprozessordnung vom 7. Oktober 2007, welche am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, massgeblich beeinflusst.
- Zum zweiten hat die EMRK mit der dazu entwickelten Praxis – vor allem auch derjenigen des EGMR – wesentlich zur Verbesserung der Verfahrensgerechtigkeit beigetragen.
- Der Ausbau der Rechte der Verfahrensbeteiligten, vorab derjenigen der beschuldigten Person, u.a. *auch* durch die Praxis zur EMRK sowie die EMRK-konforme Gesetzgebung und Rechtsprechung, hat – neben verschiedenen weiteren Faktoren – drittens dazu geführt, dass die Durchführung von Strafverfahren mit zunehmend grösserem Aufwand verbunden ist. Mit dieser Entwicklung hat der Ausbau der Strafverfolgungskapazitäten nicht Schritt gehalten. Die Art und Weise, wie mit den

sich daraus ergebenden Folgen umgegangen wird, gibt Anlass zur Sorge.

- Viertens lässt sich feststellen, dass die EMRK in immer weniger Verfahren mit verurteilenden Entscheiden zur Anwendung gelangt.

II. Vereinheitlichung des schweizerischen Strafverfahrensrechts als Folge der Berücksichtigung des Konventionsrechts

1. Konventionsrecht als Katalysator zur Harmonisierung der kantonalen Verfahrensrechte

Die EMRK spielte eine zentrale Rolle bei der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafverfahrensrechts. So war die Praxis des EGMR zur Konvention – insbesondere zu Art. 5 und 6 EMRK mit dem darin normierten Mindeststandard – eine wichtige Ursache für die Angleichung der diversen kantonalen Strafverfahrensrechte¹. Besonders hinzuweisen ist auf den Umstand, dass die Gerichte bei der Anwendung der EMRK nicht durch das Anwendungsverbot eingeschränkt waren, welches gemäss Art. 190 BV für Bundesgesetze gilt².

2. Berücksichtigung der Konventionsrechte bei der Ausgestaltung des schweizerischen Strafverfahrensrechts

Die Normen der EMRK und die Praxis des EGMR dazu wurden vom Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der schweizerischen StPO mit berücksichtigt. In Art. 2 ff. StPO sind wichtige Grundsätze des Strafverfahrensrechts

¹ Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, 4 f.; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1096 f.

² STEINMANN GEROLD, Der Schweizer Praktiker vis-à-vis von EMRK und EGMR, in: BREITENMOSER/EHRENZELLER (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bd. 68, St. Gallen 2010, 243 ff., 246.

festgehalten. Bei der Ausgestaltung aller weiteren Bestimmungen ist u.a. auf die EMRK-Kompatibilität geachtet worden³. Speziell hinzuweisen ist auf das Rechtsmittel der Revision, welches wegen Verletzung der EMRK gemäss Art. 410 Abs. 2 StPO sowie Art. 122 BGG ergriffen werden kann.

Interessant ist immerhin, dass der Gesetzgeber dazu neigt, herkömmliche Rechtsinstitute zu bewahren⁴. Er hat sich bemüht, bisherige Lösungen menschenrechtskonform zu gestalten, dies selbst dann, wenn es sich angesichts der rechtlichen Rahmenbedingungen als schwierig erwiesen hat und andere Lösungen durchaus möglich gewesen wären.

So ist etwa das System beibehalten worden, in welchem der Staatsanwalt die Voruntersuchung führt und die Anklage vertritt, während das Gericht sich bei seinem Urteil im Wesentlichen auf die Ergebnisse dieser Abklärungen stützt⁵. Als weiteres Beispiel für das Festhalten am bisherigen Recht kann die Ausgestaltung des Verfahrens angeführt werden, welches zur Untersuchungshaft führt⁶. Trotz des hohen Zeitdrucks – der Entscheid über die Haft muss nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK unverzüglich („promptly“, „aussitôt“ bzw. „dans le plus court délai“), d.h. innert weniger Tage⁷, gefällt werden – hat der Gesetzgeber die schweizerische Rechtstradition beibehalten, wonach die festgenommene Person – allenfalls nach der Einvernahme durch die Polizei (Art. 219 Abs. 2 StPO) – zunächst der Staatsanwaltschaft zuzuführen und von dieser zu befragen ist (Art. 224 Abs. 1 StPO). An diesem Vorgehen ist nichts geändert worden, auch nachdem der EGMR entschieden hatte, es sei mit Art. 5 EMRK nicht vereinbar, dass die Staatsanwaltschaft über die Haft entscheide, falls sie danach die Anklage vertrete⁸. So hat die Staatsanwaltschaft *de lege lata* nach der Einvernahme der beschuldigten Person beim

³ Vgl. dazu Begleitbericht zum Vorentwurf (FN 1), 9.

⁴ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (FN 1), 1087, 1101.

⁵ Vgl. Art. 343 StPO.

⁶ Begleitbericht zum Vorentwurf (FN 1), 159 ff.

⁷ Vgl. z.B. EGMR, Urteil Nr. 11209/84, 11234/84, 11266/84 und 11386/85 vom 29. November 1988, *Brogan und andere c. Grossbritannien*, Ziff. 58 ff.; EGMR, Urteil Nr. 46221/99 vom 12. März 2003, *Öcalan c. Türkei*, Ziff. 107 ff.

⁸ EGMR, Urteil Nr. 7710/76 vom 4. Dezember 1979, *Schiesser c. Schweiz*, Ziff. 24 ff.

Zwangsmassnahmengericht innerhalb von maximal 48 Stunden einen Antrag auf Anordnung von Untersuchungshaft zu stellen (Art. 224 Abs. 2 StPO). Das Gericht muss seinen Entscheid seinerseits spätestens innerhalb von 48 Stunden seit Eingang des Antrages fällen (Art. 226 Abs. 1 StPO). Die nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK vorgegebene kurze Frist liesse sich leichter einhalten, wenn die Frage der Anordnung von Untersuchungshaft ohne vorgängige Befragung durch Polizei bzw. ohne spezielle Hafteinvernahme durch die Staatsanwaltschaft und ohne entsprechende schriftliche Anträge gestützt auf eine mündliche Verhandlung direkt durch das Zwangsmassnahmengericht entschieden würde.

III. Ausbau der Rechte der Verfahrensbeteiligten – auch durch die Rechtsprechung zur EMRK – sowie dessen Folgen

1. EMRK- sowie verfassungs- und damit prozessordnungskonformes Verfahren als Mittel zur Realisierung gerechter Verfahren und zur Erzielung möglichst gerechter Urteile

Ohne dies durch entsprechende Untersuchungen belegen zu können, darf die Aussage gewagt werden, dass die konsequente Anwendung verfassungs- und konventionskonformen Strafverfahrensrechts in hohem Masse geeignet ist, gerechte Urteile zu bewirken. So verstanden stellt das Konventionsrecht eine wesentliche Quelle sowie Garantie der Verfahrensgerechtigkeit bzw. der „procedural justice“⁹ dar.

Die Begründung dafür, dass die Umsetzung prozeduraler Garantien dabei hilft, nach Gerechtigkeit zu streben, basiert nach hier vertretener Auffassung auf zwei Säulen. Zum einen stellen die zur Anwendung gelangenden Normen und Prinzipien Ausfluss der europäischen Vorstellungen von Menschenrechten dar. Als solche kann man sie – unter anderem – als Produkt unserer geschichtlichen Entwicklung sowie unserer Erfahrungen im Bemühen um ein ausgewogenes Strafverfahren verstehen. Zum zweiten lässt sich durch

⁹ TRECHSEL STEFAN, Gerechtigkeit im Fehlurteil, ZStrR 118 (2000) 1 ff., 3.

eine konsequente Anwendung der geltenden Normen des Strafprozessrechts das Gerechtigkeitspostulat der sogenannten „Gleichheit in der Reihe“ verfolgen. Beide Elemente helfen nicht nur bei der Suche nach einem möglichst gerechten Urteil. Sie dienen auch der Spezial- und der Generalprävention. Insbesondere besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass die verurteilte Person ihre Strafe akzeptiert und daraus für die Zukunft Lehren zieht, wenn sie sich im Verfahren gerecht behandelt fühlt. Schliesslich fördert ein justizförmiges Verfahren mit dem Einbezug des Geschädigten die Wiederherstellung des Rechtsfriedens.

Nicht ganz unbedeutend scheint mir eine weitere Folge konsequenter Beachtung der verfassungs- und konventionskonform ausgelegten Verfahrensrechte. Diese erleichtert es nämlich dem Strafverfolgungsorgan, insbesondere dem Richter, letztlich auch dem Staat, die Verantwortung für Entscheide zu tragen, welche für die Betroffenen meist sehr einschneidend sind. Jedem Richter ist durchaus bewusst, dass er keine Garantie dafür übernehmen kann, niemals einen Unschuldigen schuldig zu sprechen. Er weiss aber, dass er bestmöglich nach Gerechtigkeit strebt, wenn er sich an das geltende Verfahrensrecht hält.

Angesichts des soeben Ausgeführten könnte man davon ausgehen, mit dem Begriff EMRK seien ausschliesslich positive Assoziationen verbunden. Aus unserer Sicht ist es jedoch richtig, nicht nur zur Strafprozessordnung, sondern auch zur EMRK eine gewisse kritische Distanz zu wahren.

Eine Besonderheit der EMRK besteht im Bereich des Strafverfahrensrechts darin, dass durch sie vorab Ansprüche der beschuldigten Person geregelt werden. Mit den Rechten der Verletzten und Opfer befassen sich die hierfür zentralen Art. 5 und 6 EMRK jedenfalls nicht explizit. Obschon der EGMR bei seinen Entscheidungen sicherlich die Rechte aller Verfahrensbeteiligter im Auge behält, besteht doch eine gewisse Gefahr, dass die Beschuldigtenrechte im Verhältnis zu denjenigen etwa des Opfers oder des bedrohten bzw. traumatisierten Belastungszeugen ein Übergewicht erhalten. Dies kann beispielsweise am Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht der beschuldigten Person bei der Befragung von Belastungszeugen deutlich gemacht werden. Den Rechten der Opfer und damit dem Interesse an der Wiederherstellung

des Rechtsfriedens wurde mit der „Sole or decisive-Regel“¹⁰ lange kaum genügend Rechnung getragen. Diese Praxis ist seit den Entscheiden *Al-Khawaja und Tahery*¹¹ sowie *Pesukic*¹² zu Recht revidiert worden.

Weiter kann man sich fragen, ob es richtig ist, leichte Widerhandlungen als Kriminaldelikte zu behandeln, bei welchen die gesamten Verfahrensrechte in jeder Hinsicht zu beachten sind¹³. Fragen dieser Art haben sich – jedenfalls indirekt – offensichtlich auch für den Gerichtshof gestellt, so z.B. im Zusammenhang mit dem Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung im Strassenverkehr. In diesem Bereich verstösst die unter Strafandrohung erfolgte Aufforderung an einen Fahrzeughalter, die Person zu nennen, die das Fahrzeug (beispielsweise während der Geschwindigkeitsüberschreitung) gelenkt hat, nach dem EGMR nicht gegen das Selbstbelastungsverbot. Diese Argumentation erstaunt, handelt es sich bei der Information, welche der Fahrzeughalter allenfalls zu geben hat, doch offensichtlich gerade um die für eine Verurteilung massgebliche – inhaltlich letztlich einem Geständnis gleichkommende – Auskunft¹⁴. Die weitere Begründung, jeder Halter oder

¹⁰ Z.B. EGMR, Urteil Nr. 12489/86 vom 27. September 1990, *Windisch c. Österreich*, Ziff. 31; EGMR, Urteil Nr. 20524/92 vom 26. März 1996, *Doorson c. Niederlande*, Ziff. 76; EGMR, Urteil Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93 vom 23. April 1997, *van Mechelen und andere c. Niederlande*, Ziff. 63; EGMR, Urteil Nr. 33354/96 vom 17. Mai 2001, *Lucà c. Italien*, Ziff. 40.

¹¹ EGMR, Urteil Nr. 26766/05 und 22228/06 vom 15. Dezember 2011, *Al-Khawaja und Tahery c. Grossbritannien*. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass die Schweiz eine auslegende Erklärung zum Richtererfordernis bei erstinstanzlich ausgesprochenen Verwaltungsstrafen abgegeben hatte (AS 1974, 2148; Botschaft des Bundesrates über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. März 1974, BBl 1974 I 1045 ff.), welche vom EGMR nicht akzeptiert wurde, vgl. EGMR, Urteil Nr. 10328/83 vom 29. April 1988, *Belilos c. Schweiz*, Ziff. 51 ff.

¹² EGMR, Urteil Nr. 25088/07 vom 6. Dezember 2012, *Pesukic c. Schweiz*, Ziff. 44 ff.

¹³ EGMR *Al-Khawaja und Tahery c. Grossbritannien* (FN 11), Ziff. 159 ff.

¹⁴ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 38544/97 vom 8. April 2004, *Weh c. Österrich*, Joint Dissenting Opinion of Judges Lorenzen, Levits and Hajiyev, Ziff. 1 ff.; EGMR, Urteil Nr. 15809/02 und 25624/02 vom 29. Juni 2007, *O'Halloran und Francis c. Vereinigtes Königreich*, Dissenting Opinion of Judge Pavlovski: „I agree with the applicants' argument that they were required to submit crucial information which would result in their conviction of the charges laid against them. It is perfectly ob-

Lenker eines Motorfahrzeugs unterwerfe sich der Strassenverkehrsgesetzgebung, womit er akzeptiere, dass ihn eine gewisse Verantwortung und Obliegenheiten träfen¹⁵, mutet seltsam an, würden sich doch beispielsweise auch die Betreiber einer Bank, einer Seilbahn oder eines Atomkraftwerks durch die Ausübung der jeweiligen Tätigkeiten der betreffenden Gesetzgebung unterwerfen.

Unsicherheiten liess der EGMR schliesslich etwa bei der Auslegung des Prinzips „ne bis in idem“ erkennen. Er hat seine Praxis dazu mehrfach revidiert. Dabei ging er zunächst vom Lebenssachverhalt („le même comportement“, „the same conduct“, „idem factum“) aus¹⁶, argumentierte dann mit Rechtsverletzungen („offences“) und Konkurrenzüberlegungen¹⁷, schliesslich mit dem wesentlichen Unrechtsgehalt der einschlägigen Normen („essential elements of the two offences“)¹⁸ und erachtet nunmehr wieder das Kriterium des selben oder des im Wesentlichen gleichen Sachverhalts („identical facts or facts which are substantially the same“, „faits qui sont en substance les mêmes“) als massgebend¹⁹.

vious that for an individual to state that he was the driver of a car which was speeding illegally is tantamount to a confession that he was in breach of the speed regulations“; vgl. auch ROTH SIMON, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare, ZStrR 129 (2001) 311; Anmerkungen WOHLERS, fp 2008, 7 f.

¹⁵ EGMR *O'Halloran und Francis* (FN 14), Ziff. 57: „All who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. [...] Those [...] can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles“.

¹⁶ Z.B. EGMR, Urteil Nr. 15963/90 vom 23. Oktober 1995, *Gradinger c. Österreich*, Ziff. 55.

¹⁷ EGMR, Urteil Nr. 84/1997/868/1080 vom 30. Juli 1998, *Oliveira c. Schweiz*, Ziff. 25-29; EGMR, Urteil Nr. 33402/96 vom 2. Juli 2002, *Göktaş c. Frankreich*, Ziff. 50.

¹⁸ EGMR, Urteil Nr. 37950/97 vom 29. Mai 2001, *Fischer c. Österreich*, Ziff. 29; EGMR, Urteil Nr. 38275/97 vom 30. Mai 2002, *W.F. c. Österreich*, Ziff. 21, 28; EGMR, Urteil Nr. 18015/03 vom 26. Juli 2007, *Schutte c. Österreich*, Ziff. 42.

¹⁹ EGMR, Urteil Nr. 14939/03 vom 10. Februar 2009, *Zolotukhin c. Russland*, Ziff. 79 ff.; EGMR, Urteil Nr. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 und 18698/10 vom 4. März 2014, *Grande Stevens und andere c. Italien*, Ziff. 219; EGMR, Urteil Nr. 4455/10 vom 27. Mai 2014, *Marguš c. Kroatien*, Ziff. 114.

Mit diesen Beispielen soll aufgezeigt werden, dass sich der Gerichtshof nicht – wie das unseres Erachtens wünschbar wäre – durchwegs darauf beschränkt, die Vereinbarkeit der Urteile mit den *grundlegenden* Menschenrechten zu überprüfen. Der EGMR sollte sich insbesondere nicht als (weitere) Rechtsmittelinstanz verstehen. Es müsste für dieses Gericht überdies ein vorrangiges Ziel sein, die Rechtsprechung so auszugestalten, dass seine Entscheide in aller Regel voraussehbar sind²⁰.

2. Umsetzung der Rechtsprechung zur EMRK in der Rechtswirklichkeit

Für die Beantwortung der Frage, wie und mit welcher Qualität die EMRK und die Praxis des EGMR durch die schweizerischen Gerichte umgesetzt werden, fehlt es – wie bereits eingangs erwähnt – an entsprechenden gesamtschweizerischen Untersuchungen. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass die Konventionsbestimmungen in der schweizerischen Gerichtspraxis grosse Beachtung finden²¹.

Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz hat der Umstand beigetragen, dass das Verfassungsrecht sowie das übrige Bundesrecht soweit möglich konventionskonform auszulegen sind. Dabei ist daran zu erinnern, dass ein ganz erheblicher Teil der EMRK-Rechte Grundrechte darstellen, welche durch die BV garantiert sind²². Immerhin hat das Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit der EMRK²³ – vor allem vor dem Inkrafttreten der schweizerischen StPO – bewirkt, dass in Entscheiden kantonaler Gerichte EGMR-Entscheidungen zitiert wurden, welche damit unmittelbar Eingang in die

²⁰ Vgl. dazu z.B. SCHÜRMAN FRANK, Wichtige Schweizer Fälle in der neueren EGMR-Rechtsprechung, in: BREITENMOSER/EHRENZELLER (FN 2), 107 ff., 122 f.

²¹ AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK durch das Bundesgericht, in: BREITENMOSER/EHRENZELLER (FN 2), 47, spricht im Zusammenhang mit der Umsetzung der EMRK in der Schweiz von einer Erfolgsgeschichte; vgl. auch STEINMANN GEROLD, Der Schweizer Praktiker (FN 2), 245.

²² Z.B. HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, N 241 ff.; TRECHSEL STEFAN/SCHLAURI REGULA, Die Praxis des Kassationsgerichts zur EMRK, in: DONATSCH et al. (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 423 ff., 425 f.

²³ Z.B. TRECHSEL/SCHLAURI, Praxis des Kassationsgerichts (FN 22), 426.

Urteilsbegründung fanden. Oftmals sind Erwägungen im jeweiligen Entscheid nicht auf die kantonale Norm, sondern direkt auf Konventionsrecht abgestützt worden²⁴. Grundsätzen der EMRK ist aber auch ohne expliziten Bezug auf die Konvention in der Praxis Rechnung getragen worden, sei es über die entsprechenden Bestimmungen der BV oder der StPO, allenfalls verbunden mit einem Hinweis darauf, dass der entsprechenden Konventionsbestimmung keine weitergehende Tragweite zukomme²⁵. Daran ist nichts auszusetzen. Es ist nämlich irrelevant, ob ein Entscheid zu einer Rechtsfrage mit der EMRK, mit der BV, mit der StPO oder mit mehreren dieser Erlasse begründet wird²⁶. Bei dieser Sachlage erstaunt es nicht, dass in einem Grossteil der Urteile keine Zitate zur Rechtsprechung des EGMR zu finden sind, dass sich diese aber trotzdem in jeder Hinsicht mit den konventionsrechtlichen Ansprüchen der beschuldigten Person vereinbaren lassen.

Immerhin darf wohl gesagt werden, dass die Rechtsprechung des EGMR nicht durchwegs und auch nicht überall unverzüglich Eingang in die nationalen Verfahren und Urteile gefunden hat. Vereinzelt – und zurzeit tendenziell zunehmend – wird dem EGMR sowie seiner Rechtsprechung in der Gerichtspraxis mit einem gewissen Misstrauen oder gar mit Ablehnung begegnet. Ausnahmsweise hat das Bundesgericht die Praxis des EGMR nicht bzw. nicht vollständig befolgt – so etwa im Fall des Anspruchs auf amtliche Verteidigung gemäss dem Fall *Quaranta*²⁷. Teilweise hat es Urteile des EGMR mehrfach kritisiert²⁸.

²⁴ Z.B. ZR 86 (1987) Nr. 87 E. II.1.e; ZR 94 (1995) Nr. 65 E. 3.b.; ZR 95 (1996) Nr. 57; ZR 104 (2005) Nr. 81; ZR 103 (2004) Nr. 3, E. 3 f.

²⁵ Z.B. BGE 131 I 34 f.; 133 I 3.

²⁶ Z.B. BGE 117 Ib 340; 125 II 425; AEMISEGGER, Umsetzung der EMRK (FN 21), 45; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (FN 22), N 235.

²⁷ BGE 120 Ia 45 f. betreffend EGMR, Urteil Nr. 12744/87 vom 24. Mai 1991, *Quaranta c. Schweiz*, Ziff. 26 ff.

²⁸ BGE 133 I 43 ff. zur Frage der Verwertbarkeit anonymer Zeugenaussagen („no conviction should be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements“), vgl. dazu etwa EGMR *Doorson* (FN 10), Ziff. 76; EGMR *van Mechelen und andere* (FN 10), Ziff. 63; EGMR, Urteil Nr. 51277/99 vom 28. Februar 2006, *Krasniki c. Tschechische Republik*, Ziff. 76.

In der Regel haben sich zunächst das Bundesgericht und kantonale Rechtsmittelinstanzen mit der Praxis des EGMR befasst²⁹. In den erstinstanzlichen Urteilen dürfte eher selten unmittelbar gestützt auf die Rechtsprechung des EGMR argumentiert worden sein und werden. Diese Instanzen haben die Praxis des EGMR tendenziell – mit einiger Verzögerung – in der Sache regelmässig durch Bezugnahmen auf die jeweilige Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen zur EMRK bzw. zur EMRK-konform ausgelegten BV und gestützt auf die Kommentarliteratur umgesetzt.

In diesem Zusammenhang ist von Relevanz, dass sich Rechtsmittelinstanzen – welche sich, wie erwähnt, in erster Linie mit dem Konventionsrecht befassen – ausschliesslich dann zu Fragen der EMRK äussern können, wenn gegen den vorinstanzlichen Entscheid ein Rechtsmittel ergriffen wird. Werden etwa im Untersuchungsverfahren oder in der ersten Instanz konventionsrechtlich garantierte Ansprüche nicht beachtet, welche sich auf das Urteil auswirken, so ist bzw. wäre es die Aufgabe der Verteidigung, dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen. Unterlässt sie dies, liegt darin zwar möglicherweise eine ungenügende Verteidigung³⁰. Dieser Umstand bleibt aber ohne Folgen, weil der entsprechende mangelhafte Entscheid von keiner Behörde daraufhin überprüft wird bzw. werden kann, ob ein Rechtsmittel erhoben werden *müsste*. Die Konsequenz besteht darin, dass der Verteidiger selbst im Falle einer klar ungenügenden Verteidigungsleistung in dieser Verfahrensphase nicht durch einen anderen Verteidiger ersetzt wird, welcher seinerseits das Rechtsmittel ergreifen würde. Ähnlich verhält es sich in den Konstellationen, in welchen zwar ein Rechtsmittel erhoben wird, auf welches dann aber wegen Missachtung von Formvorschriften, insbesondere des Rügeprinzips³¹,

²⁹ Zur Praxis des ehemaligen Kassationsgerichts des Kantons Zürich zur EMRK vgl. TRECHSEL/SCHLAURI, Praxis des Kassationsgerichts (FN 22), 423 ff.

³⁰ Vgl. dazu z.B. GRAF TITUS, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, Dargestellt anhand der zürcherischen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 116, Zürich 2000.

³¹ Z.B. BGE 129 I 120; 130 I 261 f.; 135 I 316; 136 I 334; 138 I 228; 139 I 232; vgl. auch AEMISEGGER, Umsetzung der EMRK (FN 21), 70 f. Im Falle einer Beschwerde an den EGMR kann es sein, dass dieser Rügen behandelt, auf welche das Bundesgericht nicht eingetreten ist, vgl. dazu EGMR, Urteil Nr. 49492/06 vom 6. November 2008, *Carlson c. Schweiz*, Ziff. 45 ff.; EGMR, Urteil Nr. 13444/04 vom 30. April 2009, *Glor c. Schweiz*, Ziff. 55.

ganz oder teilweise nicht eingetreten werden kann. Bedenkt man, dass die erstinstanzlichen Gerichte die Praxis zur EMRK – wie bereits erwähnt – häufig erst dann umsetzen, wenn diese gefestigt erscheint und in höchstrichterliche Entscheide sowie in die Kommentarliteratur eingeflossen ist, so ist der aufgezeigte Sachverhalt jedenfalls nicht irrelevant.

3. Reaktion des Gesetzgebers auf das Missverhältnis zwischen zu bewältigenden Strafverfahren und zur Verfügung stehenden Strafverfolgungskapazitäten

a) Ausgangslage

Wie erwähnt, hat unter anderem der Ausbau der Rechte der Verfahrensbeteiligten dazu geführt, dass die Durchführung von Strafverfahren aufwendiger geworden ist. Im Vordergrund steht in diesem Kontext die Erweiterung der Rechte der beschuldigten Person – *nicht nur, aber eben auch* zufolge der Rechtsprechung zur EMRK. Beispielhaft für den Ausbau der Beschuldigtenrechte seit dem Beitritt der Schweiz zur EMRK können etwa genannt werden die Orientierungspflichten zu Beginn des Verfahrens und vor Einvernahmen³², das Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht der beschuldigten Person bei Beweisabnahmen³³, insbesondere bei der Befragung von Belastungszeugen³⁴, die Zulassung der Verteidigung ab Beginn der

³² Vgl. z.B. Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK, Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 158 StPO, Art. 177 Abs. 1 StPO; vgl. bezüglich der Aufklärung über den Tatvorwurf z.B. EGMR, Urteil Nr. 25444/94 vom 25. März 1999, *Pélissier und Sassi c. Frankreich*, Ziff. 51 ff.; EGMR, Urteil Nr. 23969/94 vom 25. Juli 2000, *Mattocchia c. Italien*, Ziff. 59 ff.; EGMR, Urteil Nr. 18114/02 vom 18. Oktober 2006, *Hermi c. Italien*, Ziff. 68.

³³ Art. 147 Abs. 1 StPO.

³⁴ Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK; vgl. dazu z.B. EGMR, Urteil Nr. 11454/85 vom 20. November 1989, *Kostovski c. Niederlande*, Ziff. 41; EGMR *Windisch* (FN 10), Ziff. 26; EGMR, Urteil Nr. 11444/85 vom 19. Dezember 1990, *Delta c. Frankreich*, Ziff. 36; EGMR, Urteil Nr. 12398/86 vom 26. April 1991, *Asch c. Österreich*, Ziff. 2; EGMR, Urteil Nr. 12433/86 vom 25. Juni 1992, *Lüdi c. Schweiz*, Ziff. 47; EGMR *van Mechelen und andere* (FN 10), Ziff. 51; EGMR, Urteil Nr. 28328/03 vom 10. Mai 2012, *Aigner c. Österreich*, Ziff. 35; EGMR, Urteil Nr. 26171/07 vom 19. Juli 2012, *Hümmer c. Deutschland*, Ziff. 38; EGMR, Urteil Nr. 4380/09 vom 2. April 2013, *Garofolo c. Schweiz*, Ziff. 45 ff.

Untersuchung³⁵ sowie die Wahrung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit Stellungnahmen der Parteien³⁶. Die Verletzung dieser Pflichten kann zur Unverwertbarkeit der betreffenden Prozesshandlungen führen³⁷. Hinzu kommen der Anspruch auf Abschluss des Verfahrens innert angemessener Frist³⁸ sowie die erhöhten Anforderungen an das Verfahren zur Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft³⁹. Ausgebaut worden sind aber auch die Rechte der Verletzten und der Opfer⁴⁰, welche nicht unmittelbar durch die EMRK garantiert sind. All diese Rechte werden durch die Verfahrensbeteiligten bzw. ihre Rechtsvertreter – nötigenfalls auf dem Rechtsmittelweg – zunehmend wahrgenommen. Diese Aufzählung ist im vorliegenden Zusammenhang mit keinerlei positiver oder negativer Wertung verbunden.

Der Ausbau der Rechte der Verfahrensbeteiligten ist neben anderen Aspekten und Anforderungen – insbesondere solchen formeller Natur – ein wesentlicher Grund dafür, dass die vorhandenen Mittel zur Verfolgung der den Staatsanwaltschaften bekannt werdenden Delikte nach hier vertretener Auffassung nicht mehr ausreichen.

³⁵ Art. 159 StPO; vgl. weiter EGMR, Urteil Nr. 36391/02 vom 27. November 2008, *Salduz c. Türkei*, Ziff. 55, 62; EGMR, Urteil Nr. 20310/02 vom 31. März 2009, *Plonka c. Polen*, Ziff. 35; EGMR, Urteil Nr. 4268/04 vom 11. Dezember 2008, *Panovits c. Zypern*, Ziff. 66; EGMR, Urteil Nr. 7025/04 vom 24. September 2009, *Pishchalnikov c. Russland*, Ziff. 69.

³⁶ EGMR, Urteil Nr. 18990/91 vom 18. Februar 1997, *Nideröst-Huber c. Schweiz*, Ziff. 24; EGMR, Urteil Nr. 37292/97 vom 28. Juni 2002, *F. R. c. Schweiz*, Ziff. 34 ff.; EGMR, Urteil Nr. 33499/96 vom 21. Februar 2002, *Ziegler c. Schweiz*, Ziff. 33. Vgl. dazu auch STEINMANN, *Der Schweizer Praktiker* (FN 2), 247 ff.

³⁷ Vgl. Art. 140 f. StPO.

³⁸ Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 5 StPO); vgl. z.B. EGMR, Urteil Nr. 2122/64 vom 27. Juni 1968, *Wemhoff c. Deutschland*, Ziff. 18 ff.; EGMR, Urteil Nr. 6232/73 vom 28. Juni 1978, *König c. Deutschland*, Ziff. 97 ff.; EGMR, Urteil Nr. 8130/78 vom 15. Juli 1982, *Eckle c. Deutschland*, Ziff. 72 ff.; EGMR, Urteil Nr. 8304/78 vom 10. Dezember 1982, *Corigliano c. Italien*, Ziff. 33 ff.

³⁹ Vgl. z.B. SCHMID NIKLAUS, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 104 i.V.m. Art. 118, 109, 147 Abs. 1 StPO.

⁴⁰ Vgl. z.B. Art. 104 i.V.m. Art. 18, 109, 147 Abs. 1 StPO.

Die Zahl der zu beurteilenden Delikte ist zwar in den letzten Jahren gestiegen, jedoch nicht in dramatischer Weise. Die Strafbehörden sind in moderater Weise ausgebaut worden. Zudem kann in der Praxis auf verschiedene Weise versucht werden, Mittel einzusparen, so etwa durch die allzu rasche Prognose, ein Tatvorwurf lasse sich nicht beweisen, weshalb das Verfahren einzustellen sei, oder etwa dadurch, dass vermehrt geltend gemacht wird, die Berufung auf Rechte und Verfahrensgrundsätze sei als rechtsmissbräuchlich einzustufen. Obschon diese Aspekte nicht unbedeutend sind, wird darauf in der Folge nicht weiter eingegangen.

b) *Lösungsansatz des Gesetzgebers: besondere Verfahren und Strafbefreiung*

Vielmehr soll aufgezeigt werden, wie – unter Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten – das Problem des Missverhältnisses der zu verfolgenden Straftaten einerseits und den dafür zur Verfügung stehenden Mitteln andererseits über die Gesetzgebung geregelt worden ist: Die Strafverfolgungsbehörden sind danach nicht generell gehalten, das Legalitätsprinzip und die Untersuchungsmaxime in jedem Fall zu befolgen. Sie können stattdessen mit der beschuldigten Person analog zur Dispositionsmaxime des Zivilverfahrensrechts verhandeln und eine Übereinkunft über den massgebenden Sachverhalt und sogar über die Frage der Verurteilung treffen. Im Falle eines allfälligen Schuldspruchs kann die Sanktion ihre Grundlage in einer Vereinbarung zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person haben. Derartige Vereinbarungen verstossen nicht gegen die EMRK⁴¹.

So hat der EGMR festgehalten, der Strafbefehl sei das Ergebnis einer Offerte des Staates, welche von der beschuldigten Person dadurch angenommen werden könne, dass sie auf Einsprache gegen den Strafbefehl verzichte („justizähnliche Vereinbarung“, „arrangement parajudiciaire“, „settlement

⁴¹ Vgl. z.B. DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, 299; SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 352 N 1.

reached in the course of a procedure ancillary to court proceedings“)⁴². Wesentlich sei nur, dass dieser Verzicht in eigenverantwortlicher Weise in Kenntnis der Sach- und Rechtslage sowie in Abwesenheit von Druck und Zwang erfolge⁴³. Nach der schweizerischen StPO können bis zu sechs Monate Freiheitsstrafe mittels Strafbefehls verhängt werden. Voraussetzung dafür ist ein Geständnis oder ein nach Auffassung der Staatsanwaltschaft ausreichend klarer Sachverhalt (Art. 352 Abs. 1 StPO). Im letzteren Fall muss die beschuldigte Person dazu nicht einmal befragt werden. Erst recht besteht im Falle eines Geständnisses – anders als nach der allgemeinen Regel (Art. 160 StPO) – keine Pflicht, dieses zu überprüfen.

Ähnlich wie beim Strafbefehls- verhält es sich beim abgekürzten Verfahren (Art. 358 ff. StPO)⁴⁴. In diesem einigen sich die beschuldigte Person und die Staatsanwaltschaft auf den Sachverhalt, welcher die Grundlage des Urteils bilden soll, sowie auf die Sanktion. Diese beträgt maximal fünf Jahre Freiheitsstrafe. Das Gericht überprüft im Anschluss daran lediglich, ob die beschuldigte Person den Sachverhalt tatsächlich eingesteht, ob dieses Geständnis mit der Aktenlage übereinstimmt und ob die Sanktion akzeptiert wird. Es ist dem Gericht in derartigen Verfahren sogar ausdrücklich verboten, Beweise zu erheben und dadurch etwa die Glaubhaftigkeit des Geständnisses zu überprüfen (Art. 361 Abs. 4 StPO).

⁴² Z.B. EGMR, Urteil Nr. 6903/75 vom 27. Februar 1980, *Deweere c. Belgien*, Ziff. 49; EGMR, Urteil Nr. 6878/75 vom 23. Juni 1981, *Le Compte, Van Leuven und De Meyere c. Belgien*, Ziff. 51; EGMR, Urteil Nr. 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk c. Deutschland*, Ziff. 56; EGMR, Urteil Nr. 10249/03 vom 17. September 2009, *Scoppola c. Italien*, 132 ff.; EGMR, Urteil Nr. 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili und Tognoidze c. Georgien*, Ziff. 91, 97 („waiver of procedural rights“ im Zusammenhang mit einem plea bargaining); vgl. auch DONATSCH ANDREAS, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 112 (1994) 317 ff., 323 f. m.w.H.; PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, *Procédure pénale suisse*, 3. Aufl., Zürich 2011, N 1719, sprechen von einer „proposition de condamnation que le ministère public fait au prévenu“.

⁴³ EGMR *Deweere* (FN 42), Ziff. 49; EGMR, Urteil Nr. 1643/06 vom 28. Oktober 2010, *Suda c. Tschechische Republik*, Ziff. 48; EGMR *Natsvlishvili und Tognoidze* (FN 42), Ziff. 92.

⁴⁴ Dazu statt Vieler: SCHWARZENEGGER, in: *Kommentar StPO* (FN 41), Art. 358 N 1 ff.

Sodann finden sich im StGB Normen, gemäss welchen von der Strafverfolgung, einer Anklage oder einer Bestrafung abzusehen ist, wenn die Schuld und die Tatfolgen gering sind (Art. 52 StGB). Gleich verhält es sich, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder das von ihm bewirkte Unrecht auf andere Weise ausgeglichen hat, sofern eine bedingte Strafe, maximal also eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten (Art. 42 Abs. 1 StGB), möglich ist. Zusätzlich ist erforderlich, dass das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Bestrafung als gering eingestuft werden (Art. 53 StGB).

Mit dem Ausbau des Strafbefehlsverfahrens, mit der Einführung des abgekürzten Verfahrens und mit den Strafbefreiungsgründen hat der Gesetzgeber einen wesentlichen Beitrag zur Entlastung der Strafbehörden geleistet, welche durch den vorstehend umschriebenen Ausbau der Rechte der Verfahrensbeteiligten jedoch mehr als ausgeglichen wird.

Zur Entlastung der Strafbehörden leistet schliesslich die Regelung der Hauptverhandlung einen Beitrag. Mit Art. 343 StPO ist es nämlich vereinbar, dass sich das Gericht bei der Erstellung des prozessrelevanten Sachverhalts im Wesentlichen – ausser bei unvollständig oder mangelhaft erhobenen Beweisen – grundsätzlich auf die Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaft stützt. Bereits im Vorverfahren abgenommene Beweise erhebt das Gericht nur dann nochmals, „sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint“ (Art. 242 Abs. 3 StPO). Das Verfahren ist in der Praxis in aller Regel ein mittelbares. Darauf wird in der Folge nicht weiter eingegangen.

4. Auswirkungen dieses Lösungsansatzes in der Rechtswirklichkeit

Zu prüfen bleibt, welcher Preis mit Blick auf die Verfahrensrechte – und damit auch die EMRK-Rechte – für diese Entwicklung in der Gesetzgebung zu entrichten ist. Mit anderen Worten bleibt zu klären, ob und gegebenenfalls inwieweit die erwähnten Rechte der Verfahrensbeteiligten angesichts dieser veränderten Rechtslage bei der Verfolgung und Beurteilung von Kriminalität in der Schweiz Anwendung finden.

Am Beispiel des Kantons Zürich lässt sich für das Jahr 2013 die grosse Bedeutung derartiger Verfahrenserledigungen darlegen. Werden die Verfahrenseinstellungen ausser Betracht gelassen und alle übrigen Erledigungen bei

Verfahren wegen Verbrechen und Vergehen mit 100% gleichgesetzt, so ergibt sich für das Jahr 2013, dass 91% aller Verfahren mit Strafbefehl abgeschlossen worden sind und 9% gestützt auf eine Anklage. Von diesen Anklagen wurden 12.5% im abgekürzten Verfahren erledigt. Folglich basieren nur rund 8% aller Entscheide in Strafverfahren wegen Verbrechen oder Vergehen auf dem Entscheid eines unabhängigen Richters, welcher den Sachverhalt gestützt auf die Instruktionsmaxime erhebt und würdigt sowie über die sich stellenden Rechtsfragen entscheidet⁴⁵. Würde man die Entscheide zu Übertretungen miteinbeziehen, welche durch Statthalter- und Polizeirichterämter etc. gefällt werden, läge der Prozentsatz derartiger Entscheide nach einem vollständig durchgeführten ordentlichen Verfahren noch wesentlich tiefer.

Der Verzicht auf ein ordentliches Verfahren setzt – ausser im Fall der klaren Sachlage beim Strafbefehl – regelmässig ein Geständnis voraus. Dieses erlebt – zufolge der Erweiterung der Möglichkeiten bei Strafbefehlsverfahren sowie mit der Einführung des abgekürzten Verfahrens und der Strafbefreiungsgründe – im Strafverfahren gewissermassen eine Renaissance⁴⁶.

Was aber bewegt die beschuldigte Person, ein Geständnis abzulegen? Zunächst kann sie den ihr gegenüber erhobenen Tatvorwurf aus einem inneren Bedürfnis heraus eingestehen. Sie kann aber auch aus dem Kalkül heraus gestehen, dass ihr die Tat unter Einsatz der vorhandenen kriminalistischen Möglichkeiten ohnehin nachgewiesen würde und dass sie im Falle eines Geständnisses in den Genuss einer Strafmilderung gelangen kann. Schliesslich – und das ist im vorliegenden Zusammenhang *auch* von Interesse – kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass die beschuldigte Person zu Unrecht ein Geständnis ablegt.

Eine der Ursachen dafür, dass sich eine beschuldigte Person fälschlicherweise schuldig bekennen kann, liegt im Bestreben, die Sache möglichst rasch zu erledigen und nicht über mehrere Jahre der Ungewissheit und den Belastungen eines Strafverfahrens ausgesetzt zu sein. Genau darauf hätte die

⁴⁵ Statistische Angaben gemäss Auskunft der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

⁴⁶ Vgl. ARZT GUNTHER, Salomonische Wahrheit – heute, in: HASSEMER/KEMPF/MOC-CIA (Hrsg.), *In dubio pro libertate*, Festschrift für Volk Klaus zum 65. Geburtstag, München 2009, 19 ff.

beschuldigte Person gemäss Konventionsrecht Anspruch – Stichwort Beschleunigungsgebot⁴⁷.

Auch aus anderen Überlegungen kann ein möglicherweise unzutreffendes Geständnis abgelegt werden. Eine denkbare Ursache besteht darin, dass nicht wenige Tatbestände sehr unbestimmt formuliert sind, was u.a. – unter dem Aspekt der Voraussehbarkeit – auch mit Blick auf die Menschenrechte (Bestimmtheitsgebot) problematisch erscheint⁴⁸. In dieser Situation muss sich die beschuldigte Person nicht selten gewissermassen zwischen Pest und Cholera entscheiden. So könnte sich beispielsweise eine der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB beschuldigte Person überlegen, ob sie ein langjähriges Strafverfahren mit ungewissem Ausgang in Kauf nehmen oder stattdessen einen Strafbefehl oder ein abgekürztes Verfahren mit einer im Voraus bestimmten bzw. jedenfalls abschätzbaren Freiheitsstrafe unter Gewährung des bedingten Vollzugs akzeptieren soll. Wäre es da nicht verständlich, wenn sich die beschuldigte Person für das sofortige Ende mit Schrecken, d.h. für das – jedenfalls aus ihrer Sicht – unzutreffende Geständnis entscheidet?

Schliesslich beruht das Strafbefehlsverfahren auf der Annahme, jeder Verurteilte, welcher gegen den Strafbefehl keine Einsprache erhebe, willige in dieses Verfahren ein, sei also der Sache nach geständig. Die Richtigkeit dieser Annahme ist zu hinterfragen, gerade wenn man davon ausgeht, dass ein Teil der Verurteilten den ihnen postalisch zugestellten Strafbefehl nicht bzw. jedenfalls nicht gründlich durchlesen und dass nicht wenige aus diesem Grund keine Einsprache erheben. Abgesehen davon ist vor kurzem eine Un-

⁴⁷ Vgl. dazu oben, FN 38.

⁴⁸ Art. 7 Ziff. 1 EMRK (Art. 5 Abs. 1, Art. 29 Abs. 1, Art. 32 Abs. 1, Art. 164 Abs. 1 lit. c BV, Art. 1 StGB), vgl. dazu z.B. EGMR, Urteil Nr. 14307/88 vom 25. Mai 1993, *Kokkinakis c. Griechenland*, Ziff. 52; EGMR, Urteil Nr. 40403/02 vom 10. Oktober 2006, *Pessino c. Frankreich*, Ziff. 35; EGMR, Urteil Nr. 9174/02 vom 19. September 2008, *Korbely, c. Ungarn*, Ziff. 73; EGMR, Urteil Nr. 12157/05 vom 25. Juni 2009, *Liivik c. Litauen*, Ziff. 93; EGMR, Urteil Nr. 75909/01 vom 20. Januar 2009, *Sud Fondi Srl und andere c. Italien*, Ziff. 107; EGMR, Urteil Nr. 10249/03 vom 17. September 2009, *Scoppola c. Italien* (Nr. 2), Ziff. 94; EGMR, Urteil Nr. 36376 vom 17. Mai 2010, *Kononov c. Lettland*, Ziff. 234 ff.

tersuchung veröffentlicht worden, nach welcher rund 800'000 in der Schweiz lebende Personen des Lesens und Schreibens nicht mächtig sind⁴⁹.

Was aber kann die Staatsanwaltschaft dazu motivieren, von der Möglichkeit derartiger Verfahrenserledigungen Gebrauch zu machen? Auf der Hand liegt es zunächst, dass sie davon ausgeht, aufgrund ihrer Kenntnisse der Sach- und Rechtslage sei diese Art der Erledigung die richtige, welche auch im Interesse der beschuldigten Person liege. Diese Einschätzung dürfte in den allermeisten Fällen zutreffend sein. Ein weiterer Beweggrund kann darin liegen, dass der Staatsanwalt die ihm zugeteilten Strafverfahren auf diese Weise mit geringerem Aufwand zu erledigen vermag. Entsprechend kann er seinen Pendenzenberg abbauen. Damit demonstriert er eine hohe Arbeitseffizienz, was sich in aller Regel karrierefördernd auswirken wird. Vereinzelt werden derartige Vergleiche aber auch abgeschlossen, weil der Staatsanwalt daran zweifelt, ob es ihm gelingen wird, den erhobenen Tatvorwurf zu beweisen. Überlegungen dieser Art sind von Vertretern schweizerischer Staatsanwaltschaften tatsächlich schon öffentlich angestellt worden. Vor kurzem sind entsprechende Aussagen – in durchaus vergleichbarer Rechtslage – im deutschen Verfahren wegen Korruption gegen den britischen Automobil-Sportfunktionär Bernie Ecclestone gemacht worden.

Im Ergebnis zeigt sich, dass bei der beschuldigten Person – zugespitzt ausgedrückt – von einer „Zweiklassengesellschaft“ gesprochen werden muss. Gewissermassen zur „Oberschicht“ gehören diejenigen maximal 8% wegen Verbrechen oder Vergehen beschuldigten Personen, welche in den Genuss eines ordentlichen Strafverfahrens – und damit EMRK-konformer Verfahrensrechte – gelangen. Mit Blick auf die Inanspruchnahme von Verfahrensrechten – insbesondere auch von Menschenrechten – setzt sich die „Unterschicht“ zumindest aus einem Teil derjenigen beschuldigten Personen zusammen, welche auf solche Rechte weitgehend „verzichten“ und auf diese Weise die Verfahrenserledigung gestützt auf ein Geständnis erlangen bzw. in Kauf nehmen. Das beim Erlass der StPO formulierte Ziel, alle Straftaten in der ganzen Schweiz nach denselben prozessualen Regeln zu verfolgen sowie

⁴⁹ Gemäss der internationalen Erhebung All-Adult Literacy and Lifeskills, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=1772>>.

zu beurteilen und damit die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu stärken⁵⁰, ist auf diese Weise kaum zu erreichen.

Akzeptiert man diesen Verfahrensdualismus als Tatsache – und es dürfte richtig sein, dies zu tun – so müssen sich der Gesetzgeber sowie die Richter bei der Formulierung bzw. bei der Auslegung der Rechte der beschuldigten Person vermehrt auf die Prüfung der Umstände konzentrieren, unter denen von einem Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person oder ihre Verteidigung ausgegangen wird. Vor allem muss das Hauptaugenmerk auf die Umstände gerichtet werden, unter denen Geständnisse zustande kommen. In diesem Punkt müssen die Qualitätsanforderungen hoch sein. Es ist unverzichtbar, dass die massgeblichen Verfassungs- und Konventionsrechte im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Geständnisses in jeder Hinsicht eingehalten werden. Insbesondere ist sicherzustellen, dass die beschuldigte Person den betreffenden Vorgang in sprachlicher und intellektueller Hinsicht versteht, und dass sie ihren Verzichtentscheid in eigenverantwortlicher Weise in Abwesenheit von Druck und Zwang fällt⁵¹.

Um dies überprüfen zu können, müssen die Gespräche, welche zu einem Geständnis führen, möglichst präzise und unter Angabe der Umstände protokolliert werden. Ideal wären wohl Bild- und Tonaufnahmen der betreffenden Befragungen. Wer der Auffassung ist, ein zusammenfassendes Wortprotokoll genüge, muss sich die Frage stellen lassen, wie sich gestützt auf ein solches feststellen lässt, ob die Strafbehörde die beschuldigte Person zur Erlangung des Geständnisses unter Druck gesetzt oder aber lediglich über die Rechtslage aufgeklärt hat. Setzt etwa die Staatsanwaltschaft die wegen Kollusionsgefahr inhaftierte beschuldigte Person unter Druck oder erläutert sie lediglich die Rechtslage, wenn sie diese darauf hinweist, sie bleibe weiterhin in Haft, sofern sie kein Geständnis ablege, wobei ein solches den Erlass eines Strafbefehls ermöglichen würde? Setzt die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person unter Druck oder klärt sie über die Rechtslage auf, wenn sie diese darauf hinweist, im Falle einer Einsprache gegen den Strafbefehl könnten durch das Gericht eine höhere Strafe und erheblichere Verfahrenskosten resultieren? An der Nachvollziehbarkeit derartiger Ereignisabläufe kann

⁵⁰ BBl 2006, 1097.

⁵¹ Vgl. dazu oben, FN 43.

nicht nur die beschuldigte Person, sondern auch die Staatsanwaltschaft – zur eigenen Entlastung – ein grosses Interesse haben.

Die Kontrolle dieser Anforderungen ist nach dem geltenden Recht nicht einfach. In diesem Kontext fällt ins Gewicht, dass auf dem Rechtsmittelweg kaum überprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für einen Strafbefehl tatsächlich erfüllt sind bzw. waren. Ein Strafbefehl, gegen welchen keine Einsprache erhoben worden ist, lässt sich nämlich ausschliesslich mit Revision (Art. 410 Abs. 1 StPO) anfechten. Erfolgt demgegenüber eine Einsprache, so wird das ordentliche Verfahren durchgeführt, in welchem die Rechtmässigkeit des Strafbefehlsverfahrens grundsätzlich nicht mehr zur Diskussion steht. Auch beim abgekürzten Verfahren und bei der Strafbefreiung sind die Möglichkeiten zur Ergreifung von Rechtsmitteln in erheblichem Masse eingeschränkt⁵².

In diesem Kontext ist an die Selbstverständlichkeit zu erinnern, dass primär der Staat dafür verantwortlich ist, Fehlurteile möglichst zu vermeiden⁵³. Dieser Verantwortung kann er – wie bereits erwähnt – nur dann genügen, wenn er danach trachtet, faire Verfahren zu garantieren. Entsprechend muss der Staat einerseits den Strafverfolgungsorganen nicht nur dem Fair-trial-Prinzip entsprechende Verfahrensregeln vorgeben, sondern andererseits auch die Kapazitäten zur Verfügung stellen, welche es ermöglichen, solche Verfahren durchzuführen⁵⁴. Reichen auch diese zusätzlichen Kapazitäten nicht aus, alle bekannt werdenden schweren und mittelschweren Delikte im ordentlichen Verfahren zu verfolgen, wäre es sinnvoll, die besonderen Verfahren möglichst ausschliesslich für minderschwere Delikte vorzusehen. Überdies wäre zu prüfen, ob bei der Verfolgung und Ahndung wirklich geringfügiger Delik-

⁵² Art. 362 Abs. 5 StPO.

⁵³ DONATSCH ANDREAS/FREI MIRJAM, Sühne ohne Schuld? Strafrechtliche Haftung bei unsicherer Rechts- und Sachlage, ZStrR 127 (2009) 40 ff., 48 ff.

⁵⁴ Nur am Rande sei erwähnt, dass neben dem Ausbau der Kapazitäten in der Praxis auch andere Faktoren von Relevanz sein können. Dazu gehört das Leistungsbeurteilungs- bzw. Anreizsystem. Dieses sollte – jedenfalls auch – darauf ausgerichtet sein, dass sich die Strafverfolgungsorgane die für schwierige Verfahren nötige Zeit nehmen (können) und diese nicht zugunsten der sogenannten Massenkriminalität auf ressourcensparende Weise einsetzen. Will der Staat dies, so darf er die Arbeitsleistung nicht in erster Linie nach der Anzahl erledigter Verfahren bemessen.

te die Konventionsrechte tatsächlich in vollem Umfang zur Anwendung gelangen sollen oder ob diese eingeschränkt werden können – wie dies der EGMR bei SVG-Delikten der Sache nach getan hat⁵⁵, zurzeit nicht aber generell in Erwägung zu ziehen gewillt ist. Dadurch könnten zusätzliche Strafverfolgungskapazitäten eingespart werden, was es erlauben würde, tatsächlich sicherzustellen, dass alle beschuldigten Personen bei Strafbefehlsverfahren in Kenntnis aller relevanten Umstände entscheiden können, ob sie auf die ihnen zustehenden Verfassungs- und Konventionsrechte verzichten wollen; die Fiktion des Verzichts auf diese Rechte könnte damit aufgegeben werden. Dadurch würde bei der Gewichtung der gegeneinander abzuwägenden Interessen einer Einschränkung der Verfahrensrechte im Bereich der Bagatelldelinquenz zugunsten der Achtung der Autonomie der beschuldigten Person bei schwereren Delikten der Vorzug gegeben.

An dieser Stelle soll den Staatsanwaltschaften ein Kränzchen gewunden werden, bei welchen – ohne dass dies vom Gesetz verlangt wird – nach dem Vieraugenprinzip zumindest stichprobeweise ein zweiter Staatsanwalt bzw. ein Leitender Staatsanwalt die erlassenen Strafbefehle auf deren Richtigkeit bzw. Vertretbarkeit hin überprüft.

IV. Zusammenfassung

Die EMRK sowie die Rechtsprechung dazu haben massgeblich zur Vereinheitlichung des schweizerischen Strafverfahrensrechts beigetragen sowie die Ausgestaltung der Strafprozessordnung mitgeprägt. Ein verfassungs- und konventionskonformes Strafverfahrensrecht dient der Verfahrensgerechtigkeit („procedural justice“) und damit letztlich den Zielen der General- und der Spezialprävention sowie der Wiederherstellung des Rechtsfriedens.

Der Ausbau der Rechte der beschuldigten Person – u.a. auch gestützt auf die Rechtsprechung zur EMRK (übrigens auch der Rechte der weiteren Verfahrensbeteiligten durch den nationalen Gesetzgeber) – hat, neben anderen Ursachen, dazu geführt, dass die Strafverfolgungskapazitäten zur Untersuchung und Ahndung bekannt gewordener Delikte nicht ausreichen.

⁵⁵ Vgl. oben, bei FN 13.

Die Reaktion des Gesetzgebers im Bereich des Verfahrensrechts bestand vor allem darin, Verfahren vorzusehen bzw. auszubauen, bei welchen auf einen unabhängigen Richter verzichtet wird, der den Sachverhalt gestützt auf die Instruktionsmaxime erhebt und würdigt sowie über die sich stellenden Rechtsfragen entscheidet. Voraussetzungen für derartige Verfahren sind in der Regel ein Geständnis und ein Verzicht auf das ordentliche Verfahren. Dieser Verzicht erfolgt beim Strafbefehlsverfahren implizit dadurch, dass gegen den Strafbefehl keine Einsprache erhoben wird. In der Praxis werden über 90% aller Verfahren wegen Vergehen und Verbrechen in derartigen Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren erledigt. Das bedeutet, dass in weniger als 10% der Strafverfahren die vorab in Art. 6 EMRK sowie in der BV garantierten Rechte der beschuldigten Person vollständig zur Anwendung gelangen. Diesem Umstand ist vermehrt Rechnung zu tragen. Ein Ausbau der Strafverfolgungskapazitäten würde bewirken, dass in grösserem Umfang ordentliche Verfahren durchgeführt werden können. Das wiederum hätte zur Folge, dass die besonderen Verfahren nach Möglichkeit im Bereich der schweren und mittelschweren Kriminalität nicht zur Anwendung gelangen müssten. Für geringfügige Delikte mit Bussen bis zu einem festzusetzenden Höchstbetrag als Sanktion wäre gar eine Einschränkung der Rechte der Verfahrensbeteiligten zu prüfen. Vor allem ist der Art und Weise, wie Geständnisse zustande kommen, durch den Gesetzgeber Beachtung zu schenken. In diesem Zusammenhang sollten die Anforderungen betreffend die Aufklärung der beschuldigten Person – insbesondere über die Bedeutung des Verzichts auf Einsprache im Strafbefehlsverfahren – verschärft werden. Zudem sind die Vorschriften betreffend die Dokumentation von Befragungen im Strafbefehls- sowie im abgekürzten Verfahren zu präzisieren und zusätzliche Rechtsmittelmöglichkeiten zu prüfen.