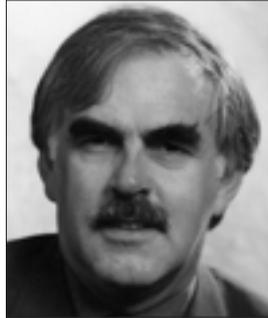


# Die Beschwerde in Strafsachen



MARC THOMMEN, Dr. iur., LL.M., Bundesgerichtsschreiber, Lausanne



HANS WIPRÄCHTIGER, Dr. h.c., Bundesrichter, Lausanne\*

## Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Einheitsbeschwerde
3. Beschwerde in Strafsachen
  - 3.1. Beschwerdeobjekt
  - 3.2. Beschwerdebegründung
    - a. Verletzung von Bundesrecht
    - b. Sachverhaltsrügen
    - c. Beschwerdebegründung bei vorsorglichen Massnahmen
    - d. Fazit
  - 3.3. Legitimation
  - 3.4. Formelles
  - 3.5. 'e-mail Beschwerde'
4. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde
5. Sitzungsöffentlichkeit in Strafsachen
6. Vom Kassationshof zur strafrechtlichen Abteilung?

## 1. Einleitung

In der jüngsten Debatte um die Reduktion der Richterstellen am Bundesgericht wurde mit Sparzwängen und mit den Entlastungen argumentiert, welche das Bundesgerichtsgesetz bringen werde<sup>1</sup>. Vor mehr als einem halben Jahrzehnt, am 12. März 2000, wurde die Justizreform vom Schweizer Souverän gebilligt. Im Rahmen der Justizreform wurde auch die Bundesrechtspflege neu geordnet, was zum Erlass des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) geführt hat<sup>2</sup>. Drei Reformziele standen im Zentrum: die Entlastung des Bundesgerichts, die Verbesserung des Rechtsschutzes und die Vereinheitlichung und Vereinfachung der Rechtsmittel auf Bundesebene<sup>3</sup>. Die Darstellung des Bundesgerichtsgesetzes und die Interpretation seiner Bestimmungen haben sich an den genannten Reformzielen zu orientieren. Der Erfolg des Gesetzes ist an diesen Zielen zu messen. Nachfolgend sollen die Neuerungen im Rechtsmittelsystem aus strafrechtlicher Sicht erläutert werden. Nach einführenden Bemerkungen zur Einheitsbeschwerde (2.) wird die Beschwerde in Strafsachen im Detail abgehandelt (Anfechtungsobjekt, Beschwerdegrund, Legitimation, Formelles, "e-mail Beschwerde"; hinten 3.), bevor abschliessend noch auf die nachträglich ins Gesetz eingefügte subsidiäre Verfassungs-

beschwerde (4.) und auf die neu auch in Strafsachen geltende Sitzungsöffentlichkeit eingegangen wird (5.). Die Darstellung konzentriert sich auf die Beschwerde gegen Entscheide kantonaler Strafgerichte; der Weiterzug bundesstrafgerichtlicher Entscheide von Bellinzona nach Lausanne wird nur am Rand behandelt.

## 2. Einheitsbeschwerde

Die mit dem Bundesgerichtsgesetz eingeführte Einheitsbeschwerde ist in aller Munde. Es wurde bereits mehrfach betont, dass es im Grunde drei Einheitsbeschwerden (in Zivilsachen, Strafsachen und öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) sind<sup>4</sup>: "Le recours unifié n'est pas un recours unique: il est trinitaire"<sup>5</sup>. Dennoch ist die zugrunde liegende Idee so simpel wie bestechend: Je eine Beschwerde soll einheitlich ein Rechtsgebiet abdecken. Ein Blick in das übersichtliche Gesetz verdeutlicht, dass eine substanzielle Verfahrensvereinheitlichung stattgefunden hat. Das 1. Kapitel regelt die Bundesgerichtsorganisation, im 2. Kapitel finden sich allgemeine Bestimmungen, die für das Beschwerde-, das Klage-, das Revisions- und das subsidiäre Verfassungsbeschwerdeverfahren gleichermaßen gelten. Es enthält u.a. gemeinsame Regeln zum Ausstand, zu den Anforderungen an die Rechtsschriften, zur Fristberechnung und zu den Kosten. Das 3. Kapitel widmet sich den spezifischen Eintretensvoraussetzungen der drei *Beschwerden*, während im 4. Kapitel (das Beschwerdeverfahren) die zu-

\* Die Verfasser sind für Hinweise und Kommentare dankbar. Kontakt: marc.thommen@bger.admin.ch

- 1 Vgl. Debatte im Ständerat vom 23. März 2006 (Wortprotokoll: [http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4711/219287/d\\_s\\_4711\\_219287\\_219314.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4711/219287/d_s_4711_219287_219314.htm); [Stand dieser, wie aller folgenden Webadressen: 4. April 2006] mit Hinweisen auf weitere Berichte und Stellungnahmen).
- 2 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR.173.10, abgedr. in: BBI [2005] 4045 ff., [www.admin.ch/ch/d/ff/2005/4045.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/4045.pdf)), Inkrafttreten: 1. Januar 2007 (AS 2006, 1069).
- 3 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (nachfolgend kurz: Botschaft), BBI [2001], 4202 ff., 4208 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2001/4202.pdf>).
- 4 NICCOLÒ RASELLI, Hat die staatsrechtliche Beschwerde ausgedient?, AJP/PJA 2002 3 f. MARTIN SCHUBARTH, Die Einheitsbeschwerde in Strafsachen – Flop oder Ei des Kolumbus?, ZStrR 120 (2003) 62 ff.; BERNHARD WALDMANN, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?, AJP/PJA 2003 752; MARTIN ZIEGLER, Zur Rechtsnatur der künftigen Einheitsbeschwerden – Lückenhaftes Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), SJZ 102 (2006) 56.
- 5 So ALAIN WURZBURGER, La loi sur le tribunal fédéral du 17. Juin 2005 charge et décharge du tribunal fédéral, SJZ 101 (2005) 491.

lässigen Anfechtungsobjekte und Beschwerdegründe für die drei Beschwerden einheitlich geregelt werden<sup>6</sup>.

Um es gleich vorweg zu nehmen: Die Trennung zwischen Tat- und Rechtsfragen wird auch unter der Einheitsbeschwerde nicht verschwinden. In Strafsachen ist der Rechtsweg nach Lausanne heute zweigeteilt. Tatfragen sind mit der staatsrechtlichen, Rechtsfragen mit der Nichtigkeitsbeschwerde vorzubringen. Zwar werden diese beiden Beschwerden im neuen Recht durch *eine* Einheitsbeschwerde abgelöst, trotzdem werden Sachverhalts- und Rechtsfragen weiterhin sorgfältig zu trennen sein<sup>7</sup>. Dass diese Trennung auch künftig verlangt wird, lässt sich nur in zweiter Linie mit der begrenzten Behandlungskapazität in Lausanne begründen, sie ist vorrangig ein systemimmanentes Erfordernis: Als oberste 'Recht sprechende Behörde' (Art. 1 Abs. 1 BGG) überwacht das Bundesgericht die richtige und einheitliche Anwendung des (Bundes-)Rechts. Die Ermittlung der Tatsachen hat im unmittelbaren kantonalen und nicht im bundesgerichtlichen Aktenprozess zu erfolgen. Das Bundesgericht kann und wird auch unter neuem Recht keine Appellationsinstanz für Sachverhaltsfragen sein<sup>8</sup>. Auf die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen wird im Rahmen der Beschwerdebeurteilung (3.2) zurückzukommen sein.

### 3. Beschwerde in Strafsachen

#### 3.1. Beschwerdeobjekt

In *formeller* Hinsicht ist klar, dass sich die Beschwerde in Strafsachen nur gegen letztinstanzliche Entscheide richten kann (Art. 80 Abs. 1 BGG). In aller Regel werden dies Endentscheide sein, also solche, die ein Verfahren abschliessen. Wie bisher kann jedoch auch gegen Teil-, Vor- und Zwischenentscheide Beschwerde geführt werden (Art. 90–93 BGG)<sup>9</sup>. Neu wird die Verweigerung oder Verzögerung eines Entscheids und somit genau genommen ein "Nichtentscheid" vom Gesetz explizit zum zulässigen Beschwerdeobjekt erklärt (Art. 94 BGG). Diese Beschwerdeberechtigung bei Verfahrensverschleppungen ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 BV.

Weniger eindeutig ist, nach welchen *materiellen* Kriterien ein bestimmter Entscheid zum zulässigen Beschwerdeobjekt für eine Beschwerde in Strafsachen wird. Insbesondere die inhaltliche Dimension des Begriffs der *Strafsache* nach Art. 78 Abs. 1 BGG ist noch nicht geklärt. Darunter fallen sicherlich einmal Entscheide, denen materielles Bundesstrafrecht und dereinst eidgenössisches Strafprozessrecht zugrunde liegen. Ebenso können Entscheide angefochten werden, die sich auf kantonales Straf- und Strafprozessrecht stützen<sup>10</sup>. Darüber hinaus wird auch die von den Strassburger Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK entwickelte Definition der Strafsache zu beachten sein<sup>11</sup>. Die Abgrenzungsprobleme beginnen jedoch spätestens bei Art. 78 Abs. 2 BGG, der auch Zivilansprüche (dazu sogleich) und "Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen" der Strafrechtsbeschwerde unterstellt. Bisher unterstanden Strafvollzugsentscheide entweder der

Verwaltungsgerichtsbeschwerde, so etwa die probeweise Entlassung aus dem Massnahmenvollzug<sup>12</sup>, oder der staatsrechtlichen, sofern ihnen kantonales Verwaltungsrecht zugrunde lag<sup>13</sup>. Auch die in der Praxis häufigen Beschwerden gegen die (kantonalrechtlich geregelte) Untersuchungshaft waren mit staatsrechtlicher Beschwerde zu erheben<sup>14</sup>.

Diese Regelung wurde mit Recht als zu kompliziert kritisiert. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut werden künftig alle "Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen" mit der Beschwerde in Strafsachen anzufechten sein. Dies muss auch für diejenigen Vollzugsentscheide gelten, welche bisher der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterstanden. Dass die zugrunde liegenden Bestimmungen des Strafgesetzbuchs bisher materiell als Bundesverwaltungsrecht eingestuft wurden, muss in einem System der Einheitsbeschwerde ohne Bedeutung bleiben. Die Einheitsbeschwerde kann ihre vereinheitlichende Funktion nur übernehmen, wenn von einem weiten materiellen Begriff der Strafsache ausgegangen wird. Wenn die strafrechtsrelevanten Vollzugs-, Haft- und Massnahmenentscheide wie bisher wieder einer öffentlich-rechtlichen Beschwerde unterstellt würden, dann würde die Rechtsmittelentflechtung und damit eines der wichtigsten Ziele der Justizreform hinfällig. Schon in der Botschaft wurde darauf hingewiesen, dass wegen der unübersichtlichen Regelungen auf rund 30% der Beschwerden nicht eingetreten wird<sup>15</sup>. Auch in der

6 Vgl. die schematische Übersicht bei PETER KARLEN, das Neue Bundesgerichtsgesetz, Basel etc. 2006, S. 11.

7 Genau genommen ist auch die Möglichkeit, bloss *eine* Rechtschrift einzureichen, keine Neuerung. So war es bei hinreichend klar auseinander gehaltenen Rügen auch bisher zulässig, die Nichtigkeits- und die staatsrechtliche Beschwerde in einer Rechtschrift einzureichen, vgl. Bundesgerichtsentscheid 6P.150/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3 sowie BGE 118 IV 293 E.2a.

8 Ebenso NICCOLÒ RASELLI (FN 4), AJP/PJA 2002 4.

9 Ausführlich Botschaft (FN 3), 4331 ff.; vgl. auch Art. 268 BStP eingehend dazu HANS WIPRÄCHTIGER, Nichtigkeitsbeschwerde, in: THOMAS GEISER und PETER MÜNCH (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. A., Basel 1998, Rz. 6.25 f.; zum Zwischenentscheid als Anfechtungsobjekt s. BGE 111 IV 189 E. 2.; 126 I 97 E. 1a.

10 Botschaft (FN 3), 4313.

11 Urteil des EGMR i.S. *Engel*, 8.6.1976, Série A, Bd. 22, Ziff. 8A; BGE 121 I 379 E.3. Für diesen Hinweis danken wir DANIEL WILLISEGGER, Bundesgerichtsschreiber, Lausanne.

12 Art. 43 Ziff. 4 StGB; Bundesgerichtsentscheid 6A.75/2005 vom 8. Februar 2006 E. 1.2.; BGE 122 IV 8 E. 1.; s.a. Entscheid 6A.2/2004 vom 21. Juli 2004 zur Zwangsmedikation.

13 Bundesgerichtsentscheid 1P.772/2005 vom 6. Februar 2006, E. 1.1

14 Bundesgerichtsentscheid 1P.616/2005 vom 12. Oktober 2005, E. 2

15 Botschaft (FN 3), 4233 und 4214 f.; wonach im Referenzjahr 1999 ein Viertel (1470 Fälle), bei den staatsrechtlichen Beschwerden ein Drittel der Verfahren mit einem Nichteintretensentscheid endeten.

Vernehmlassung stiess die beabsichtigte Vereinfachung des Rechtsmittelsystems in der Einheitsbeschwerde auf einhellige Zustimmung<sup>16</sup>. Es sollte deshalb von einem weitest möglichen Verständnis der "Strafsache" ausgegangen werden, das die Strafuntersuchung, das strafgerichtliche und die damit zusammenhängenden Zivil- und Verwaltungsverfahren sowie den Strafvollzug umfasst. Nur in einem solch weiten Begriff der Strafsache als umfassend verstandener Einheit kann die mit der Einheitsbeschwerde angestrebte Vereinfachung für den Rechtsuchenden auch erreicht werden. Wie auch immer das Bundesgericht die Behandlung dieser Beschwerden intern regeln wird, so darf doch die falsche Bezeichnung des Rechtsmittels dem Rechtsuchenden nicht schaden. Die falsch bezeichnete Beschwerde ist entgegen zu nehmen, sofern die Eintretensvoraussetzungen für die einschlägige Beschwerde erfüllt sind.

Die Beschwerde kann sich sodann auch gegen *Zivilansprüche* richten, "wenn diese zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind" (Art. 78 Abs. 2 lit. a BGG). Der etwas unglücklichen Formulierung zum Trotz gilt als Eintretensvoraussetzung wie bisher, dass der Zivilanspruch letztinstanzlich zusammen mit der Strafsache beurteilt wurde oder eine gemeinsame Beurteilung nach Art. 9 OHG hätte erfolgen sollen<sup>17</sup>. Entgegen der Botschaft steht die Beschwerde in Strafsachen auch zur Verfügung, wenn allein der Entscheid über die Zivilansprüche angefochten ist<sup>18</sup>. In einem System der Einheitsbeschwerde ist alleine entscheidend, ob die Zivilforderungen Teil einer Strafsache sind.

### 3.2. Beschwerdebeurteilung

Unter bisherigem Recht waren insbesondere auch im Strafrecht je nach Beschwerdegrund unterschiedliche Rechtsmittel zu ergreifen. Verfassungsverletzungen bei der Sachverhaltsfeststellung und der Beweiswürdigung waren mit staatsrechtlicher, Verletzungen eidgenössischen Strafrechts mit Nichtigkeitsbeschwerde und Verletzungen bundesverwaltungsrechtlicher Vorschriften etwa zum Straf- und Massnahmenvollzug mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend zu machen. Mit der Einheitsbeschwerde gibt es unabhängig von Beschwerdegrund nur noch ein Rechtsmittel pro Rechtsgebiet<sup>19</sup>. Dies ist zu begrüßen. Ob sich damit auch eine Vereinfachung einstellt, hängt wie erwähnt massgeblich davon ab, dass pro Rechtsgebiet auch wirklich nur noch eine Beschwerde gegeben sein wird. Nachfolgend werden die einzelnen Beschwerdegründe mit der jeweils entsprechenden Überprüfungsbeurteilung des Bundesgerichts dargestellt. Die unterschiedliche Kognition sollte die prozessierenden Anwältinnen und Anwälte vor allem deshalb interessieren, weil sie sich unmittelbar auf die Rügepflicht und die Begründungsanforderungen auswirkt. Vorab wird auf den wichtigsten Beschwerdegrund der Bundesrechtsverletzung und die diesbezüglich freie Überprüfbarkeit (a), sodann auf die bloss eingeschränkt überprüfbaren Sachverhaltsrügen (b) eingegangen, schliesslich noch auf die Begründungseinschränkungen bei der Anfechtung vorsorglicher Massnahmen (c).

#### a. Verletzung von Bundesrecht

Einzigiger Beschwerdegrund unter neuem Recht ist die *Verletzung von Bundesrecht* (Art. 95 BGG), wobei dieser Begriff umfassend zu verstehen ist. Darunter fallen vorab Bundesverfassungsrecht, Bundesgesetzesrecht und Bundesverordnungsrecht. Sodann kann die Verletzung direkt anwendbaren Völkerrechts (bspw. EMRK) und interkantonalen Rechts (z.B. Strafvollzugskonkordate) vorgebracht werden.

Bundesrechtsverletzungen überprüft das Bundesgericht frei und von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dabei ist es an die in der Beschwerde vorgetragene Begründung nicht gebunden<sup>20</sup>. Die Überprüfung von Bundesrecht unterliegt insbesondere nicht dem Rügeprinzip. Dies geht eindeutig aus der Gesetzessystematik hervor: Der zweite Absatz von Art. 106 BGG macht nämlich das Überprüfungsrecht des Bundesgerichts nur dort von einer expliziten Rüge abhängig, wo die Verletzung von Grundrechten, von kantonalem und interkantonalem Recht gerügt wird<sup>21</sup>. Die bundesgerichtliche Überprüfungsbeurteilung bei Bundesrechtsverletzungen ist lediglich durch die Rechtsbegehren der Parteien eingeschränkt. Gemäss Art. 107 Abs. 1 BGG darf das Bundesgericht nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen. Dieses 'ne ultra petita'-Prinzip schränkte das Überprüfungsrecht bisher allerdings nur scheinbar ein, weil wegen der rein kassatorischen Natur der Nichtigkeitsbeschwerde die Rechtsbegehren ohnehin meist auf Aufhebung des gesamten Entscheids lauteten. Im Gegensatz dazu ist die Beschwerde in Strafsachen kein rein kassatorisches Rechtsmittel mehr. Das Bundesgericht kann auch in der Sache entscheiden (Art. 107 Abs. 2 BGG). Der Kassationshof ist damit genau genommen keiner mehr. Bei entsprechender präziser Formulierung der Rechtsbegehren kann künftig z.B. direkt freigesprochen oder der bedingte Vollzug gewährt werden. Andererseits lebt mit der Präzisierung der Rechtsbegehren auch das 'ne ultra petita'-Prinzip als Überprüfungseinschränkung wieder auf. Der sorgfältige Beschwerdeführer wird deshalb gut daran tun, eventualiter weiterhin die Aufhebung des gesamten vorinstanzlichen Entscheids zu verlangen.

16 Botschaft (FN 3), 4275.

17 Vgl. zum bisherigen Recht GILBERT KOLLY, Le pourvoi en nullité à la cour de cassation pénale, Berne 2004, 63; MARTIN SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, Bern 2001, 67 f.

18 Die Auffassung in der Botschaft (FN 3), 4313 beruht wohl auf einer Fehlinterpretation von BGE 118 II 410 E. 1, dort wurde die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen, weil bereits vor den oberen kantonalen Instanzen nur noch Zivilforderungen streitig waren. A. A. FELIX BÄNZIGER, Der Beschwerdeweg in Strafsachen (erscheint in: Band zur Oltenener Tagung vom 7. April 2006 "Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen für die Praxis").

19 Botschaft (FN 3), 4334 f.

20 Botschaft (FN 3), 4344.

Als weitere Einschränkung der Überprüfungsfreiheit galt bisher das Verbot neuer Vorbringen. Praxismässig können Rechtsfragen, die vor den kantonalen Gerichten nicht vorgebracht wurden und die das kantonale Gericht gerade mangels Vorbringen nicht überprüfen durfte, nicht erstmals vor Bundesgericht aufgeworfen werden. Es fehlt diesbezüglich an der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs<sup>22</sup>. Problematisch an dieser Praxis ist nicht nur, dass die freie Rechtsanwendung so über das Novenrecht ausgehebelt werden kann, sondern vor allem, dass diese vom weitgehend zufälligen Umstand abhängt, ob die kantonale Vorinstanz ihrerseits frei und von Amtes wegen überprüfen konnte. Im Ergebnis gilt damit für Beschwerden aus bestimmten Kantone faktisch eine vorverlagerte Rügepflicht, die auf Bundesebene gerade fehlt.

## b. Sachverhaltsrügen

Das Bundesgerichtsgesetz nennt sodann die unrichtige Sachverhaltsfeststellung als Beschwerdegrund (Art. 97 BGG). Richtigerweise handelt es sich hierbei nicht um einen weiteren Beschwerdegrund. Auch Sachverhaltsbeanstandungen müssen damit begründet werden, dass sie unter Verletzung von Bundesrecht zustande gekommen sind. Der eigentliche Grund für die explizite Nennung ist, dass die bundesgerichtliche Kognition bei Sachverhaltsrügen eingeschränkt ist (dazu unten d). Nach Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Sachverhaltsfeststellung nur beanstandet werden, "wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann". Diese Bestimmung tritt einerseits an die Stelle der staatsrechtlichen Beschwerde, soweit letztere in Strafsachen bisher zur Klärung von Tatfragen diente, andererseits aber auch an die Stelle der sog. Versehensrüge zur Korrektur offensichtlicher Fehler. Es kann beanstandet werden, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unter willkürlicher Beweiswürdigung festgestellt hat. Bei den im Sinne von Art. 95 BGG "rechtsverletzenden" Sachverhaltsfeststellung hat der Gesetzgeber an Tatsachenfeststellungen gedacht, die unter Missachtung verfassungsmässiger Verfahrensvorschriften (rechtliches Gehör, in dubio pro reo etc.) zustande gekommen sind<sup>23</sup>. Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzeswortlaut von Art. 97 BGG keineswegs nur die Rüge verletzter Verfahrensvorschriften im Sinne von Art. 29 ff. BV zulässt. Wie oben dargelegt, umfasst Art. 95 BGG das gesamte Bundesrecht. Die Rüge der bundesrechtsverletzenden Sachverhaltsfeststellung wird insbesondere nach Erlass einer eidgenössischen Strafprozessordnung von Bedeutung werden<sup>24</sup>.

Mit der *Versehensrüge* kann vorgebracht werden, das angefochtene Urteil enthalte offenkundige, "blanke" Irrtümer. Die Botschaft ist diesbezüglich missverständlich, weil sie die "offensichtliche Unrichtigkeit" in Art. 97 BGG mit Willkür gleichgesetzt und die Versehensrüge nicht erwähnt<sup>25</sup>. Versehen können entweder auf Antrag (Art. 97 BGG) oder von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) berichtigt werden<sup>26</sup>. Ihre Korrektur hatte unter bisherigem

Recht einen sehr engen Anwendungsbereich<sup>27</sup>. Dies wird wohl so bleiben müssen, weil sonst die Bindung an die vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen umgangen werden könnte<sup>28</sup>. Dies gilt allerdings nur für die Korrektur von Versehen auf Antrag, nicht hingegen für die Korrekturen von Amtes wegen. Nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 105 Abs. 2 BGG können Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nicht nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit, sondern auch dann von Amtes wegen korrigiert werden, wenn sie "auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruhen". Diese Bestimmung ist nicht etwa ihrerseits ein Versehen. Es entspricht vielmehr dem Willen des Gesetzgebers, dass das Bundesgericht den Sachverhalt von sich aus auf Willkürlichkeit und sonstige Verfassungs- und Bundesrechtsverletzungen hin untersuchen und hierzu in beschränktem Rahmen gar Beweise einholen soll<sup>29</sup>. Dies ist sowohl mit dem Revisionsziel der Entlastung als auch mit der verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesgerichts als oberster Rechts- und eben gerade nicht Sachverhaltskontrollinstanz nur schwer in Einklang zu bringen.

## c. Beschwerdebegründung bei vorsorglichen Massnahmen

Eine weitere Beschränkung der Beschwerdebegründung findet sich in Art. 98 BGG. Danach kann "mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden"<sup>30</sup>. Dies entspricht der geltenden Rechtslage. Im Bereich des Strafrechts gilt etwa die Anordnung von Unter-

- 21 Dies entspricht der geltenden Praxis zur Rügepflicht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, vgl. BGE 129 I 113 E. 2.1; 127 I 38 E. 3c.
- 22 BGE 102 IV 106 E. 2a; s.a. ERHARD SCHWERI, Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Bern 1993, Rz. 473.
- 23 Botschaft (FN 3), 4338.
- 24 Bis dahin ist allerdings noch ein weiter Weg, derzeit liegen erst die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (BB1 2006, 1085) und der Entwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (BB1 2006, 1389) vor.
- 25 Botschaft (FN 3), 4338.
- 26 Botschaft (FN 3), 4343.
- 27 Art. 277<sup>bis</sup> Abs. 1 BStP; für ein illustratives Beispiel einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung (betr. roter Sumpfkrebs) vgl. BGE 125 II 29 E. 4c) cc); weiter HERIBERT RAUSCH, Öffentliches Prozessrecht auf der Basis der Justizreform, Zürich 2005, 51.
- 28 S.a. Botschaft (FN 3), 4338.
- 29 Botschaft (FN 3), 4343; die Korrektur von Versehen, welche im bundesrätlichen Entwurf noch in Art. 99 E-BGG (BB1 [2001] 4480 ff., <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2001/4480.pdf>) geregelt war, blieb in den parlamentarischen Debatten unumstritten, vgl. Beratung des Ständerats vom 23. September 2003, Amtl. Bull. StR 2003, 911, sowie des Nationalrats vom 5. Oktober 2004, Amtl. Bull. NR (2004), 1612 f (Quelle: <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm>).
- 30 Hierzu insb. FELIX BÄNZIGER (FN 18).

suchungshaft als vorsorgliche Massnahmen, welche bisher nur mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angefochten werden konnte. Auch im Rahmen der Beschwerde in Strafsachen wird die Haftanordnung somit lediglich auf Willkürfreiheit oder auf ihre Vereinbarkeit mit den Garantien bei Freiheitsentzug überprüft werden können (Art. 31 BV und 5 EMRK)<sup>31</sup>. Der Überprüfungsstab und damit auch die mögliche Beschwerdebegründung für die übrigen strafprozessualen (Zwangs-)Massnahmen wird sich wohl ebenfalls an der bisherigen Rechtsprechung orientieren. Danach war die Nichtigkeitsbeschwerde und damit volle Kognition gegeben, wenn mit der Massnahme eine Frage des Bundesrechts definitiv entschieden wurde<sup>32</sup>, lediglich eine eingeschränkte Überprüfung im Rahmen staatsrechtlicher Beschwerde hingegen bei vorsorglichen prozessualen Anordnungen, die jederzeit wieder aufgehoben oder abgeändert werden können<sup>33</sup>.

#### d. Fazit

Zusammenfassend zeigt sich insbesondere bei der Beschwerdebegründung, was oben bereits im Allgemeinen angedeutet wurde: Trotz Einheitsbeschwerde ist sorgfältig zwischen Tat- und Rechtsfragen zu unterscheiden. Bezüglich Tatsachenfeststellungen ist und bleibt die Kognition beschränkt. Versteht man die unterschiedliche Kognition mit WALTER KÄLIN als Folge einer verfassungsmässigen Kompetenzaufteilung innerhalb der bundesstaatlichen Rechtsprechungsebenen, so ist klar, dass das Bundesgericht vom Verfassungsgeber als oberste rechtsprechende Behörde eingesetzt und primär für Überprüfung von Rechtsverletzungen zuständig erklärt wurde<sup>34</sup>. Für die Sachverhaltserhebung sind die kantonalen Behörden und nicht das Bundesgericht zuständig. An der verfassungs- und gesetzesmässigen Zuständigkeitsordnung hat sich auch nach neuem Recht nichts geändert<sup>35</sup>. Nach Art. 105 BGG ist weiterhin der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt massgeblich. Tatsachenfeststellungen können deshalb nur auf offensichtliche Fehler hin überprüft werden. Wie bisher kann die willkürliche oder sonst verfassungswidrige Sachverhaltsfeststellung vorgebracht werden, doch unterliegt diese Rüge stets erhöhten Substanziierungsanforderungen. Zur Begründung wird es deshalb auch künftig nicht ausreichen, wenn der Beschwerdeführer in rein appellatorischer Kritik lediglich darlegt, wie die Beweise seiner Ansicht nach richtig zu würdigen gewesen wären, vielmehr hat er im Detail darzulegen, welche vorinstanzlichen Tatsachenfeststellung inwiefern unhaltbar sein sollen und welche Verfassungsrechte dadurch verletzt wurden. Auf rein appellatorische Kritik am vorinstanzlichen Urteil wird auch unter neuem Recht nicht eingetreten werden<sup>36</sup>.

### 3.3. Legitimation

Beschwerdeberechtigt ist, wer am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt war oder wem diese Beteiligung verwehrt wurde (Art. 81 Abs. 1 lit. a BGG). Weiter muss ein recht-

lich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids bestehen (lit. b)<sup>37</sup>. Es folgt eine "beispielhafte"<sup>38</sup> Aufzählung der beschwerdeberechtigten Personen, die sich an das geltende Recht anlehnt<sup>39</sup>. Im Gegensatz zu bisher ist die Liste jedoch nach dem Gesetzeswortlaut nicht abschliessend. Beschwerdeberechtigt sind "insbesondere" die beschuldigte Person, ihr gesetzlicher Vertreter, die Staatsanwaltschaft sowie unter bestimmten Voraussetzungen die Privatstrafklägerschaft, das Opfer, die Strafantragstellerin, die Bundesanwaltschaft und gewisse andere Bundesstellen.

Diese Bestimmung wird vorhersehbarerweise zu Kontroversen führen, weil sich über die Legitimation relativ einfach auf die Geschäftslast Einfluss nehmen lässt. Sicher ist zunächst, dass die Legitimation gegenüber bisher nicht eingeschränkt werden sollte<sup>40</sup>. Eine Einschränkung wäre mit der in der Revision anvisierten Verbesserung des Rechtsschutzes nicht vereinbar. Neu ist, dass Legitimation primär allgemein, d.h. über die vorinstanzliche Verfahrensteilnahme und das Rechtsschutzinteresse, definiert wird. Wer diese beiden Voraussetzungen erfüllt, ist unabhängig von der Aufzählung in der Liste beschwerdeberechtigt. Weggelassen werden konnten so Detailregelungen wie etwa die Beschwerdeberechtigung von Personen, die durch eine Einziehung oder Urteilspublikation berührt sind<sup>41</sup>. Auch ohne explizite Erwähnung sind diese Personen weiterhin zur Beschwerde berechtigt. An der neuen Regelung wurde ins-

31 Botschaft (FN 3), 4334 und 4336 f. mit eingehender Begründung der Kognitionsbeschränkung.

32 Vgl. BGE 129 IV 179 E. 1.1; vgl. auch unveröffentlichten Entscheid 6S.561/1997 E. 1 vom 24. November 1997 betr. Pflügen von Hanffeldern.

33 BGE 128 I 129 E. 1; 126 I 97 E. 1c.

34 WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994, 160 ff.; weiter PAUL RICHLI, in: RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Zürich 1995, 134.

35 A.A. im Ergebnis BERNHARD WALDMANN (FN 4), AJP/PJA 2003, 757, wonach mit der Einheitsbeschwerde Rügegründe und Kognition des Bundesgerichts zusammenfielen.

36 So bereits NICCOLÒ RASELLI (FN 4), AJP/PJA 2002, 4; zur bisherigen Praxis vgl. BGE 129 I 113 E. 2.1; 127 I 38 E. 3c.

37 Vgl. BGE 131 IV 191, wonach der Beschuldigte kein rechtlich geschütztes Interesse habe, die Anordnung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens anzufechten, welches eine weitere Befragung des kindlichen Opfers mit sich bringe, die gegen Art. 10c OHG verstosse.

38 So explizit die Botschaft (FN 3), 4318.

39 Vgl. Art. 270 BStP. Zur Legitimation im allg. HANS WIPRÄCHTIGER (FN 9), Rz. 6.36 ff.; zur Beschwerdelegitimation des Opfers nach Art. 270 lit. e BStP: Bundesgerichtsentscheidung 6S.437/2005 vom 24. November 2005; 6P.178/2004 vom 9. Oktober 2005; BGE 131 IV 78. Zur Legitimation gemäss Art. 270 BStP weiter GILBERT KOLLY (FN 17), 19 f.; MARTIN SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, Bern 2001, 25 f.

40 Botschaft (FN 3), 4317 f.

41 Vgl. den noch geltenden Art. 270 lit. h BStP.

besondere kritisiert, dass sie den "einfachen Geschädigten" wieder zur Beschwerde zulasse. Unter geltendem Recht ist der Geschädigte, der nicht Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes ist, nicht (mehr) legitimiert<sup>42</sup>. Auch wenn sich argumentieren liesse, dass die Geschädigten bei der Revision 2001 gerade aus Gründen der Überlastung von der Beschwerde ausgeschlossen wurden<sup>43</sup>, so wird man sich bei der Auslegung der Beschwerdeberechtigung dennoch an das neuere Gesetz zu halten und auf die Verfahrensteilnahme sowie das Rechtsschutzinteresse abzustellen haben. Die Abkehr vom System der abschliessenden Liste von Beschwerdeberechtigten, die sich im Übrigen auch aus der zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Erweiterung gemäss Art. 78 Abs. 2 BGG ergibt<sup>44</sup>, ist zu begrüssen. Dies wird den Spielraum des Kassationshofs auf eine erfreuliche Art erweitern. Zu denken ist hier etwa an die komplizierte und restriktive Rechtsprechung zum Opferbegriff<sup>45</sup> und zu den "Auswirkungen auf die Zivilansprüche"<sup>46</sup>.

Gegen die Voraussetzung der *Verfahrensteilnahme* wurde eingewendet, dass sich die Legitimation zu der ansonsten bundesrechtlich geregelten Beschwerde damit letztlich nach *kantonalem* Prozessrecht richte. Ob ein Geschädigter zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sei, hänge somit vom weitgehend zufälligen Umstand ab, in welchem Kanton das Verfahren stattgefunden habe<sup>47</sup>. Lösen lässt sich das Problem über Art. 81 Abs. 1 lit. a BGG, wonach aus beschwerdeberechtigt ist, wer (zu Unrecht) keine Möglichkeit zur Teilnahme am Vorverfahren erhalten hat. Diese Bestimmung wird erlauben, die Legitimationsvoraussetzungen bundesrechtlich zu vereinheitlichen und einen Minimalstandard zu schaffen.

Bezüglich der Legitimationsvoraussetzung des *rechtlich geschützten Interesses* ist vor allem der Vergleich zur Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (Art. 89 Abs. 1 BGG) interessant, wo zusätzlich ein besondere Berührtsein (lit. b), aber bloss ein schutzwürdiges (lit. c) und nicht ein rechtlich geschütztes Interesse verlangt wird<sup>48</sup>. Neu können auch *Staatsanwälte* Willkürklagen erheben, was ihnen gegenwärtig verwehrt ist<sup>49</sup>. Begründet wurde deren Ausschluss von der staatsrechtlichen Beschwerde damit, dass diese die Verfassungsrechte des *Bürgers* schützt<sup>48</sup>. Dieses Argument überzeugt nach wie vor, doch dürfte das Gebot der "Waffengleichheit" im Strafverfahren zur Ausdehnung der Legitimation auf Staatsanwälte geführt haben. In Bezug auf die Legitimation ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass der im Entwurf noch vorgesehene Beschwerdeausschluss in *Bagatellstrafsachen* gestrichen wurden<sup>51</sup>. Das neue Recht kennt aber auch keine Streitwertgrenzen bei adhäsionsweisen Zivilklagen mehr<sup>52</sup>. Obwohl in der Literatur auf diesen Wegfall hingewiesen wurde<sup>53</sup>, hat sich der Gesetzgeber entschieden, "bei der Beschwerde in Strafsachen auf die Einführung von Mindeststreitwerten ganz zu verzichten"<sup>54</sup>.

### 3.4. Formelles

Formvorschriften für die Beschwerde finden sich im 2. Kapitel zu den allgemeinen Verfahrensvorschriften und

dort vor allem in den Art. 39 ff. BGG. In der Folge wird lediglich auf Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht hingewiesen. Mit der Einheitsbeschwerde wird der *Fristenlauf* vereinheitlicht (Art. 44 ff. BGG). Bisher galten für die staatsrechtliche Beschwerde und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde andere Fristenstillstandsregeln als für die Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 34 Abs. 2 OG). Zu beachten ist neu, dass bei der Anfechtung vorsorglicher Massnahmen (z.B. Untersuchungshaft) die Fristen nicht stillstehen (Art. 46 Abs. 2 BGG). *Rechtsschriften* sind in einer Amtssprache abzufassen und haben die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 BGG). Diese Begründungsanforderungen sind zusammen mit den Rügepflichten von Art. 106 Abs. 2 BGG zu lesen. So gilt wie vorne erwähnt eine strenge Rügepflicht für Verfassungsverletzungen<sup>55</sup>. Jedoch kann nicht über die

- 
- 42 Zur Kritik MARTIN SCHUBARTH (FN 4), ZStrR 120 (2003), 66 f.; zur Legitimation der Geschädigten MARTIN SCHUBARTH, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, Bern 2001, N. 68 ff. und 99.
- 43 Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 4. und 8. September 1999 zur Teilrevision des Bundesrechtspflegegesetzes zur Entlastung des Bundesgerichts, vgl. BBl 1999, 9518, 9524 und AS 2000, 2719, 2724.
- 44 Botschaft (FN 3), 4318
- 45 Vgl. dazu die Ausführungen zu Fussnote 33.
- 46 Vgl. den Zürcher Fall eines Opfers, das durch eine Polizeintervention ein Bein verlor. Die Beschwerdelegitimation des Opfers wurde verneint, weil kein Einfluss auf seine *Zivildorderungen* bestehe, da bei Schädigungen durch die Polizei nach *öffentlichem Recht* entschädigt werde, Bundesgerichtsentscheid 6S.230/2004 und 6P.84/2004 vom 11. Dezember 2005 E. 2.; s.a. BGE 128 IV 188 E.2.2; 127 IV 189 und Entscheidung 6S.143/2005 und 6P.50/2005 vom 27. Oktober 2005.
- 47 Vgl. SCHUBARTH (FN 4), ZStrR 120 (2003), 66 f.
- 48 Hierzu im Detail WALDMANN (FN 4), AJP/PJA 2003, 747 ff., 756.
- 49 Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und Abs. 2 BGG, Botschaft (FN 3), 4318.
- 50 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGE 120 Ia 95.
- 51 Vgl. noch Art. 74 Entwurf-Bundesgerichtsgesetz (FN 29), wonach die Beschwerde u.a. ausgeschlossen war für Strafen unter 30 Tagessätzen Geldstrafe, unter 120 Stunden gemeinnütziger Arbeit und unter 500 Franken Busse.
- 52 Eine den geltenden Art. 271 Abs. 2 und 277<sup>quater</sup> Abs. 2 BStP entsprechende Regelung fehlt.
- 53 MARTIN SCHUBARTH (FN 4), ZStrR 120 (2002), 70.
- 54 Bericht vom 18. März 2004 der "Arbeitsgruppe – Bundesgerichtsgesetz", die vom Bundesamt für Justiz auf Vorschlag der Rechtskommission zur Nachbesserung des Entwurfs eingesetzt wurde ([http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/bundesrechtspflege.Par.0004.File.tmp/ber-agvorschlag-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesrechtspflege.Par.0004.File.tmp/ber-agvorschlag-d.pdf)), 3.
- 55 Vgl. Art. 90 Abs. 2 lit b OG; dazu BGE 129 I 113 E. 2.1; 127 I 38 E. 3c.

Begründungsanforderungen von Art. 42 BGG durch die Hintertür eine Rügepflicht für Bundesrechtsverletzungen eingeführt werden<sup>56</sup>.

Ein besonderes Augenmerk hat sodann der Formulierung der *Rechtsbegehren* zu gelten. Damit die neu bestehende Möglichkeit, kantonale Straferkenntnisse nicht nur wie bisher zu kassieren, sondern in der Sache zu entscheiden (Art. 107 Abs. 2 BGG), auch umgesetzt werden kann, sind die Rechtsbegehren sorgfältig und präzise zu formulieren. Wendet sich die Beschwerde gegen den Schuldspruch, so kann ein Freispruch begehrt werden; richtet sie sich gegen die Verweigerung des bedingten Vollzugs, kann dessen Gewährung verlangt werden etc. Schwieriger wird ein Urteil in der Sache dort, wo in kantonsrichterliches Ermessen eingegriffen werden müsste, wie etwa bei der konkreten Strafzumessung. Schliesslich ist noch auf ein paar Detailbestimmungen hinzuweisen, auf die mit entsprechend formulierten Rechtsbegehren direkt Einfluss genommen werden kann. Gemäss Art. 67 BGG kann für den Fall der Gutheissung verlangt werden, dass die Kosten des vorangegangenen Verfahrens anders verteilt werden. Nach Art. 107 Abs. 2 Satz 2 BGG kann die Rückweisung an die erste Instanz verlangt werden. Immer wieder vergessen geraten in der Praxis sodann die Möglichkeit, aufschiebende Wirkung zu verlangen (Art. 103 BGG) oder die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu beantragen (Art. 64 BGG). Hierbei ist die Bedürftigkeit zu belegen und kurz zu begründen, weshalb das Begehren nicht aussichtslos erscheint<sup>57</sup>. Nicht jede Beschwerde, die schliesslich abgewiesen wird, ist aussichtslos. Aussichtslos sind die offensichtlich unbegründeten Beschwerden, die nach Art. 109 Abs. 2 BGG im vereinfachten Kollegialverfahren abgewiesen werden<sup>58</sup>. Massgebend ist die Betrachtung der Prozesschancen ex ante. Ein Indiz für intakte Prozesschancen kann etwa sein, dass die erste kantonale Instanz anders entschieden hat als die zweite. Nicht aussichtslos sind sicherlich auch Beschwerden zu Grundsatzfragen, welche das Bundesgericht noch nicht behandelt hat.

### 3.5. 'e-mail Beschwerde'

Eine etwas versteckte Neuerung grundlegender Art findet sich in Art. 42 Abs. 4 BGG. Ab dem 1. Januar 2007 werden Rechtsschriften dem Bundesgericht elektronisch zugestellt werden können. Die "e-mail Beschwerde" ist Teil des Projekts "Jus-Link" ([www.juslink.ch](http://www.juslink.ch)), welches den umfassenden elektronischen Verkehr mit den Behörden zum Ziel hat. Nicht nur die Einreichung der Beschwerde sondern auch der Versand der Urteile kann neu in elektronischer Form erfolgen. Als Fernziel soll der gesamte Verkehr mit Gerichts- und Verwaltungsbehörden (Betreibungen, Bewilligungen, Einsprachen, Verfügungserlasse, Registereintragungen, Steuererklärungen etc.) auf elektronischem Weg erfolgen können. Das Bundesgericht, unter dessen Leitung das Projekt ausgearbeitet wurde, macht diesbezüglich nun den ersten Schritt<sup>59</sup>.

Für den elektronischen Verkehr wird die Post eine sog. Zustellplattform zur Verfügung stellen. Man hat sich da-

runter eine Art virtuelles Postbüro vorzustellen. Um über diese Zustellplattform Dokumente elektronisch versenden und empfangen zu können, ist dreierlei notwendig: Erstens braucht man zur Sicherstellung der Datenübertragung und der genauen Identifikation des Absenders eine individuelle *elektronische Signatur*<sup>60</sup>. Diese wird man voraussichtlich an Postschaltern gegen Vorlage eines Ausweises erwerben können (in Form eines USB-Sticks oder einer Smartcard). Zweitens muss man sich mit diesem Schlüssel auf dem 'INCA-Mail-Portal'<sup>61</sup> der Post als Teilnehmer der Zustellplattform *registrieren* lassen. Damit man als registrierter Teilnehmer Briefe über das virtuelle Postbüro versenden und empfangen kann, braucht man drittens einen *Mail-Client*. Hierbei handelt es sich um das Mail-Programm, welches man auf seinem Computer installiert. Hierzu kann man auf [www.incamail.ch](http://www.incamail.ch) entweder den vom Bundesgericht entwickelten, Plattform-unabhängigen 'jus-link Mail-Client' oder den von der Post entwickelten 'Trinity-Outlook Client' herunterladen<sup>62</sup>.

Die Einreichung der Beschwerde funktioniert wie folgt: Um eine Gleichbehandlung mit der normalen schriftlichen Beschwerde einreichung zu gewährleisten, wird das Verfahren der eingeschriebenen Briefpostsendung elektronisch simuliert. Umgehend nach dem Versand erhält man von der Zustellplattform ein Mail mit der Versandbestätigung, was der Quittung für einen eingeschriebenen Brief entspricht. Beim Urteilsversand durch das Gericht erhält man von der Zustellplattform zunächst eine Abholeinladung. Wie beim eingeschriebenen Brief fangen Rechtsmittelfristen allerdings erst mit der tatsächlichen Abholung (dh. Einlösung

56 So explizit Botschaft (FN 3), 4293.

57 Zum Beleg der Bedürftigkeit: BGE 125 IV 161, E. 4a; zur Aussichtslosigkeit Bundesgerichtsentscheid 4C.222/2005 vom 27. Oktober 2005, E. 9.2.

58 Entspricht dem heutigen Art. 36 Abs. 1 lit. b OG; offensichtliche Nichteintretensentscheide fallen neu in einzelrichterliche Kompetenz (Art. 108 BGG).

59 Projektverantwortlicher am Bundesgericht ist der stellvertretende Generalsekretär Dr. Jacques Bühler (Kontakt: [direktion@bger.admin.ch](mailto:direktion@bger.admin.ch)); vgl. auch JACQUES BÜHLER, der elektronische Geschäftsverkehr mit dem Schweizerischen Bundesgericht, erscheint in: Band zur Oltenener Tagung vom 7. April 2006 (oben FN 18).

60 Notwendig ist eine qualifizierte elektronische Signatur im Sinne von Art. 2 lit. c und Art. 7 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES, SR 943.03); vgl. weiter Informationen des Bundesamts für Kommunikation (insb. dortige Medienmitteilungen): <http://www.bakom.ch/themen/internet/00467/index.html?lang=de>

61 Unter "www.incamail.ch" – Starterkit – Anmeldung; 'INCA' steht für *Intègre, Non-réputiable, Confidentiel* und *Authentique*.

62 Beide auf [www.incamail.ch](http://www.incamail.ch) unter "Starter Kit", die Version der Post ist – wie der Name schon sagt – Outlook-kompatibel, bei der Version des Bundesgerichts handelt es sich um open-source Software.

der Abholeinladung bei der Zustellplattform) an zu laufen. Sowohl die Abholung als auch das unbenutzte Verstreichen der 7-tägigen Abholfrist werden dem Versender wiederum mit einem Mail quittiert. Die elektronische Zustellung entspricht somit exakt dem Verfahren eines Einschreibebriefs. Die Post plant, für ihre zertifizierten Zustelldienste Gebühren zu erheben, was wohl dazu führen wird, dass sich noch weitere Zustelldienste akkreditieren lassen werden. Vieles ist noch in Änderung und Entwicklung begriffen, aktuelle Informationen finden sich unter [www.juslink.ch/](http://www.juslink.ch/) [www.incamail.ch](http://www.incamail.ch).

#### 4. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde handelt es sich um ein nachträglich ins Gesetz eingefügtes Rechtsmittel<sup>63</sup>. Sie soll gewisse Defizite im Grundrechtsschutz beseitigen, welche durch den Wegfall der staatsrechtlichen Beschwerde entstanden sind. Wie NICCOLÒ RASELLI aufzeigte, ergab sich unter dem Gesetzesentwurf die perplex Situation, dass gewisse Verfassungsverletzungen nur in Strassburg nicht aber in Lausanne gerügt werden konnten<sup>64</sup>. So führte der aus der Verwaltungsgerichtsbeschwerde übernommene Ausschlusskatalog dazu, dass für gewisse Bereiche im öffentlichen Recht gar keine Beschwerde ans Bundesgericht mehr offen stand<sup>65</sup>. In Zivilsachen unterhalb der Streitwertgrenze wäre die Beschwerde selbst bei gravierenden vorinstanzlichen Verfahrensmängeln (i.S.v. Art. 29 ff. BV) ausgeschlossen gewesen. Unterhalb der Streitwertgrenze sind nämlich nur Fragen grundsätzlicher Bedeutung beschwerdefähig (Art. 74 Abs. 2 BGG). Dass es um eine solche Grundsatzfrage geht, ist gerade dort unwahrscheinlich, wo Verfassungsverletzungen besonders krass sind. Dies hätte, wie NICCOLÒ RASELLI zu Recht kritisierte, zu Lücken im Verfassungsschutz geführt.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde soll die aufgezeigten Lücken füllen. Aber nur diese! Es ist deshalb wichtig festzuhalten, dass sie wirklich nur dort zu ergreifen ist, wo wegen des Ausschlusskatalogs oder nicht erreichter Streitwerte Verfassungsverletzungen nicht anders gerügt werden können. Im Übrigen werden Verletzungen der Bundesverfassung ganz normal mit einer der drei ordentlichen Beschwerden zu rügen sein. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nur zulässig gegen letztinstanzliche *kantonale* Entscheide (Art. 113 BGG). Wird gleichzeitig ordentliche Beschwerde geführt, so sind beide Rechtsmittel zwingend in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 BGG). Im Übrigen gelten die gleichen Legitimations- und Begründungserfordernisse wie bisher bei der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 115 f. BGG)<sup>66</sup>, weshalb die Staatsanwaltschaft im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren nicht legitimiert sein dürfte. Zur Verfassungsbeschwerde fehlt ihr das Rechtsschutzinteresse. Die Verfassung schützt nur die Grundrechte des Bürgers<sup>67</sup>.

Welche Bedeutung hat die Subsidiarbeschwerde im Bereich des Strafrechts? Bei der Beschwerde in Strafsachen

wurde auf den ursprünglich vorgesehenen Ausschlusskatalog in Bagatellstrafsachen ebenso verzichtet<sup>68</sup>, wie auf Streitwertgrenzen bei den Adhäsionsklagen<sup>69</sup>. Es bestehen deshalb nicht dieselben Rechtsschutzlücken wie im Zivil- und öffentlichen Recht. Verfassungsverletzungen sind primär mit der Beschwerde in Strafsachen geltend zu machen. Ob die subsidiäre Verfassungsbeschwerde für das Strafrecht dennoch Bedeutung erlangen wird, hängt davon ab, wie grosszügig die Beschwerdelegitimation interpretiert wird. Lässt man Geschädigte oder Opfer nicht nach Art. 81 BGG zur Beschwerde zu, dann wird man sie zur subsidiären Verfassungsbeschwerde zulassen müssen, soweit sie etwa die willkürliche Anwendung kantonaler Prozessrechts rügen<sup>70</sup>. Das System der Einheitsbeschwerden wird mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde auf wenig elegante Weise durchbrochen. Es führt letztlich wieder zu der Rechtsmittelvielfalt, die durch die Reform gerade hätten beseitigt werden sollen. Um diese Reformziele nicht gänzlich zu vereiteln, sollte die subsidiäre Verfassungsbeschwerde aus dem Strafrecht ferngehalten werden. Das Gesetz steht dem nicht entgegen.

#### 5. Sitzungsöffentlichkeit in Strafsachen

Wie bisher entscheidet der Kassationshof im Normalfall in Dreierbesetzung. Über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Präsidialanordnung hin wird in Fünferbesetzung entschieden (Art. 20 BGG)<sup>71</sup>. Ebenso ins neue Recht übernommen wurde die Regelung, wonach bei Einigkeit im Aktenzirkulationsverfahren entschieden wird, jeder Richter aber eine mündliche Beratung verlangen kann (Art. 58 BGG)<sup>72</sup>. Im Gegensatz zu den andern Abteilungen waren die Sitzungen des Kassationshofs bisher nicht öffentlich. Dies ändert sich nun. Ab 1. Januar 2007 gilt die generelle Öffentlichkeit der Sitzung (Art. 59 Abs. 1 BGG). Damit setzten sich die Argumente der "Arbeitsgruppe – Bundesgerichtsgesetz" durch. Sie verwies auf die verschiedenen Vorteile einer öffentlichen Urteilsberatung, namentlich die Kontrolle des Publikums und der Medien über die Justiz, die Förderung des Vertrauens der Parteien

63 Siehe Bericht "Arbeitsgruppe – Bundesgerichtsgesetz" (FN 54), 2 f.

64 NICCOLÒ RASELLI (FN 4), AJP/PJA 2002, 3 ff.; KARLEN (FN 6), 24.

65 So bspw. auf dem Gebiet öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse oder im Asyl- und im Ausländerrecht; vgl. Art. 78 Entwurf-Bundesgerichtsgesetz (FN 29).

66 Bericht Arbeitsgruppe – Bundesgerichtsgesetz (FN 54), eingehend KARLEN (FN 6), 56 ff.

67 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGE 120 Ia 95.

68 Vgl. noch Art. 74 Entwurf-Bundesgerichtsgesetz (FN 29).

69 Siehe oben FN 52 ff.

70 A. A. KARLEN (FN 6), 56.

71 Vgl. Art. 15 OG.

72 Vgl. Art. 36b OG.

in das urteilende Gericht sowie die Hebung der Qualität der Rechtsprechung<sup>73</sup>.

Im Gegensatz zum alten Recht sind somit künftig auch die strafrechtlichen Verhandlungen vor Bundesgericht öffentlich. Dies ist zu begrüssen. Diese umfassende Sitzungsöffentlichkeit ist im internationalen Vergleich einmalig<sup>74</sup>. Standard ist die öffentliche Urteilsverkündung. Dass allerdings auch die Urteilsberatungen und sogar die Abstimmungen öffentlich sind, ist eine schweizerische Eigenheit<sup>75</sup>. Weil so auch die abweichenden Meinungen öffentlich debattiert werden, ersetzt sie insoweit die "dissenting opinion". Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden bei einer Gefährdung der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit sowie, wenn es das Interesse einer beteiligten Person rechtfertigt (Art. 59 Abs. 2 BGG). Diese unbesehen aus Art. 17 Abs. 3 OG übernommene Regelung gibt Anlass zu Bemerkungen. Inwiefern eine öffentliche Urteilsberatung die Sittlichkeit gefährden kann, ist schwer ersichtlich. Einer Gefährdung der Sicherheit sollte nicht durch geheime Beratung, sondern durch entsprechende Sicherheitsvorkehrungen begegnet werden. Sollte im Zusammenhang mit einem Bundesgerichtsentscheid eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung drohen, würde diese Bedrohung durch die geheime Beratung wohl kaum gelindert. Eine öffentliche und transparente Verhandlung, in der eine Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten stattfindet, wird die Entscheidung auch für die unterliegende Partei eher tragbar machen<sup>76</sup>. Das "Interesse der betroffenen Partei" schliesslich ist als Begründung für den Ausschluss der Öffentlichkeit völlig unbestimmt. So ist zunächst unklar, ob damit das subjektive Interesse des Betroffenen oder das vom Gericht definierte objektive ("wohlverstandene") Betroffeneninteresse gemeint ist. Für Verhandlungen in Strafsachen könnte man sich auf den ersten Blick eine Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 OHG vorstellen, wonach die Öffentlichkeit auszuschliessen ist, wenn überwiegende Opferinteressen es erfordern oder wenn das Opfer eines Sexualdeliktes es verlangt. Doch ist diese Bestimmung zugeschnitten auf Gerichtsverfahren, in denen man allenfalls anwesenheitspflichtigen Opfern eine öffentliche Zurschaustellung ersparen möchte. Vor Bundesgericht gibt es keine Anwesenheitspflicht der Parteien des Strafverfahrens. Im Übrigen können die vom Bundesgericht in der öffentlichen Sitzung zu entscheidenden grundsätzlichen Rechtsfragen auch ohne Namensnennungen beraten werden. So würden einerseits die Gründe, welche zu einer Grundsatzentscheidung geführt haben, transparent und damit die Ratio öffentlicher Beratung gewahrt, andererseits würde aber auch dem Persönlichkeitsschutz der Parteien ausreichend Rechnung getragen. Es ist dafür zu sorgen, dass die neu eingeführte Öffentlichkeit der strafrechtlichen Verhandlungen vor Bundesgericht nicht toter Buchstabe bleibt. Die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 59 Abs. 2 BGG ist restriktiv auszulegen. Sollte sich einmal ein Ausschluss als unumgänglich erweisen, so ist er nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip schonend vorzunehmen (z.B. ein bloss teilweiser Ausschluss<sup>77</sup>, oder eine öffentliche Beratung unter Gewährung der Anonymität der Parteien und Zeugen).

## 6. Vom Kassationshof zur strafrechtlichen Abteilung?

Die Ambitionen des Gesetzgebers sind hoch. Er will das Rechtsmittelsystem vereinfachen und den Rechtsschutz ausbauen. Er will das Bundesgericht entlasten und die Qualität der Rechtssprechung beibehalten. Das Bundesgerichtsgesetz bietet die Möglichkeit zu Neuerungen. Ob diese auch verwirklicht werden, hängt einerseits vom Willen und der Kreativität der (Staats-)Anwaltschaft ab, die neuen Möglichkeiten auch auszuloten. Zu denken ist etwa an die Möglichkeit, auch reformatorische Entscheide zu erwirken. Andererseits hängt das Erreichen der Revisionsziele aber auch von der Bereitschaft des Bundesgerichts ab, Neuerungen zu wagen. Trotz der Möglichkeit zu reformatorischer Entscheidung wird der Kassationshof seinen Namen gemäss einem gerichtlichen Beschluss behalten, um – wie es heisst – Verwechslungen mit dem Bundesstrafgericht in Bellinzona zu vermeiden. Ob dieser Beschluss die Haltung gegenüber dem neuen Gesetz versinnbildlicht oder ob er lediglich Ausdruck der Wertschätzung gegenüber einer etablierten Institution ist, wird sich weisen.

- 73 Bericht der Arbeitsgruppe, die vom Bundesamt für Justiz auf Vorschlag der Rechtskommission zur Nachbesserung des Entwurfs eingesetzt wurde (oben FN 54), 4; zum Gesetzgebungsverfahren vgl. Botschaft (FN 3), 4302 f.; Art. 54 Abs. 2, lit. b und 55 Entwurf-Bundesgerichtsgesetz (FN 29); Beratungen des Ständerates vom 23. September 2003, Amtl. Bull. StR 2003, 897, <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm>; zum Ganzen ausführlich HANS WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit: Zum Verhältnis von Medien und Justiz, in: Recht, Ethik, Religion: Festgabe für Bundesrichter Giuseppe Nay zum 60. Geburtstag, Luzern 2002, 11–22.
- 74 Dem Vernehmen nach gibt es sie noch in Brasilien. Die Verfasser sind dankbar für Hinweise.
- 75 Vgl. etwa § 30 des deutschen Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.
- 76 In diesem Sinne bereits der Bericht "Arbeitsgruppe – Bundesgerichtsgesetz" (FN 54) 4.
- 77 Art. 59 Abs. 2 BGG.

Zusammenfassung