

Band/Tome

133

RPS

**Revue Pénale
Suisse**

2

RPS

**Rivista Penale
Svizzera**

www.zstrr.recht.ch

Bernhard Sträuli

**La procédure pénale dans la jurisprudence
du Tribunal fédéral**

Chronique de la pratique publiée durant l'année 2012

Marc Thommen/Christina Diethelm

Vier Thesen zum Rechtsschutz in Kurzverfahren

Francesca Caputo

**Rolle und Funktion der Verteidigung in einem
politischen Prozess**

Anne Cherpillod

**Arrêt de la procédure pénale par le ministère
public sans condamnation, ni instruction:
l'ordonnance de non-entrée en matière**



Stämpfli Verlag

www.ZStrR.Recht.ch

Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

J. Gauthier, Prof., Lausanne – *St. Trechsel*, Prof., Bern/Den Haag – *R. Roth*, Prof., Genève/Den Haag – *A. Donatsch*, Prof., Zürich/Unterengstringen – *P.-H. Bolle*, Prof., Neuchâtel – *K.-L. Kunz*, Prof., Bern – *M. Pieth*, Prof., Basel – *F. Riklin*, Prof., Freiburg – *J.-B. Ackermann*, Prof., Luzern – *L. Moreillon*, Prof., Lausanne – *H. Vest*, Prof., Bern – *A. Kuhn*, Prof., Neuchâtel – *A. Niggli*, Prof., Freiburg – *W. Wohlers*, Prof., Basel, *U. Cassani*, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. *Ursula Cassani*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. *Wolfgang Wohlers*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – *B. Bouloc*, Prof., Paris – *R. Moos*, Prof., Linz – Dr. *M. Rutz*, a.Obergerichtsschreiberin, Liestal – *M. Schubarth*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *F. Sgubbi*, Prof., Bologna – *M.-A. Beernaert*, Prof., Louvain – *W. Perron*, Prof., Freiburg i.Br. – *O. Lagodny*, Prof., Salzburg

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZStrR vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits. L'acceptation des contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal ZStrR. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 171.– Ausland Fr. 181.–
inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8,0% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 132.–

Inserate Stämpfli AG, Postfach 8326, 3001 Bern
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu senden.
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA,
case postale 5662, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach 5662, 3001 Bern
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inhalt – Sommaire

Abhandlungen – Etudes

La procédure pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral Chronique de la pratique publiée durant l'année 2012 Par <i>Bernhard Sträuli</i>	109
Vier Thesen zum Rechtsschutz in Kurzverfahren Von <i>Marc Thommen, Christina Diethelm</i>	145
Rolle und Funktion der Verteidigung in einem politischen Prozess Von <i>Francesca Caputo</i>	167
Arrêt de la procédure pénale par le ministère public sans condamnation, ni instruction: l'ordonnance de non-entrée en matière Par <i>Anne Cherpillod</i>	192

Literaturanzeigen – Bibliographie

<i>Sonja Pflaum</i> , Kursmanipulation (<i>Ursula Cassani</i>)	214
<i>Johannes Kaspar</i> , Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (<i>Anna Coninx</i>)	216
<i>Daniel Schaffner</i> , Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen (<i>Peter Popp</i>)	220

Mitarbeiter dieses Heftes – Ont collaboré à ce fascicule:

- Prof. Bernhard Sträuli*, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail, 1211 Genève 4
Prof. Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Verwaltungsstrafrecht, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich
Lic. iur. Christina Diethelm, Rechtsanwältin, Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Verwaltungsstrafrecht, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich
Anne Cherpillod, Greffière, Cour de droit pénal, Tribunal fédéral, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14
Francesca Caputo, MLaw UZH, Anwaltssubstitutin bei Erin Brun Forrer, Rechtsanwältin, Ankerstrasse 61, Postfach 1343, Zürich 8026

Marc Thommen/Christina Diethelm, Zürich

Vier Thesen zum Rechtsschutz in Kurzverfahren

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Strafbefehlsverfahren
 1. Einsprache als Rechtsmittel
 2. Schlechterstellungsverbot nach Einsprache
 3. Recht auf direkte Anrufung des Gerichts
- III. Abgekürztes Verfahren
 1. Absprache vor Gericht
 2. Gestörte Balance
 3. Analoge Schutzmechanismen
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

Am 21. Oktober 2014 führte das Europa Institut der Universität Zürich eine Tagung zu Rechtsmitteln im Strafprozess durch. Der vorliegende Beitrag basiert auf dem Referat, welches der Erstautor an dieser Tagung zum Thema *Rechtsmittel in Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren* gehalten hat. Die Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren sind einerseits von verfahrensökonomischen Gedanken getragen.¹ Rechtsmittel andererseits ziehen die Verfahren in die Länge, machen sie komplexer und aufwendiger. Kurzverfahren und Rechtsmittel stehen mithin in einem Zielkonflikt. Entsprechend spielen Rechtsmittel in diesen «besonderen Verfahren» nach Art. 352 ff. StPO auch eine untergeordnete Rolle: Gegen Strafbefehle steht einzig die Einsprache zur Verfügung, welcher vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre die Rechtsmittelqualität abgesprochen wird.² Im abgekürzten Verfahren sind die Rechtsmittelmöglichkeiten sehr beschränkt.³ Indem der Beschuldigte der Anklageschrift zustimmt, verzichtet er weitgehend auf Rechtsmittel (Art. 360 Abs. 1 lit. h StPO).⁴

-
- 1 Für das Strafbefehlsverfahren siehe *F. Riklin*, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Vor zu Art. 352–356 N 1; für das abgekürzte Verfahren siehe BSK StPO-*Greiner/Jaggi* (Fn. 1), Vor Art. 358–362 N 35.
 - 2 BGE 140 IV 82 E. 2.6; Nachweise bei *M. Daphinoff*, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 551.
 - 3 *N. Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 1389.
 - 4 BSK StPO-*Greiner/Jaggi* (Fn. 1), Art. 360 N 12.

Vor diesem Hintergrund wurden im Referat vier Thesen zum allgemeinen Rechtsschutz in Kurzverfahren aufgestellt. Die ersten drei Thesen beziehen sich auf das Strafbefehlsverfahren (nachfolgend II.): 1. Die Einsprache im Strafbefehlsverfahren ist ein Rechtsmittel. 2. Im Einspracheverfahren gilt ein Schlechterstellungsverbot. 3. Mit der Einsprache muss direkt das Gericht angerufen werden können. Die 4. These betrifft das abgekürzte Verfahren (III.): Bei Absprachen vor Gericht gilt der gleiche Rechtsschutz wie bei Absprachen mit dem Staatsanwalt.

II. Strafbefehlsverfahren

Im Strafbefehlsverfahren wird nicht Anklage erhoben, es findet keine Hauptverhandlung und regelmässig auch kein Beweisverfahren statt. Der Strafbefehl wird vom Staatsanwalt erlassen, mit dem Ergebnis, dass das Verfahren rasch und billig ist.⁵ Allerdings sind verfahrensökonomische Vorteile nicht umsonst zu haben, sondern erfordern, dass der Beschuldigte auf eine Reihe von Verfahrensgarantien verzichtet.⁶ Der Beschuldigte verzichtet auf diese Rechte, indem er es unterlässt, Einsprache gegen einen Strafbefehl zu erheben.⁷ Die Einsprache nimmt somit eine bedeutende Rechtsschutzfunktion im Strafbefehlsverfahren ein.⁸ Gemeinhin heisst es, dass die Einsprache kein Rechtsmittel, sondern ein Rechtsbehelf sei.⁹ Mit der ersten These wird dem widersprochen: Die Einsprache ist nicht ein Rechtsbehelf, sondern ein Rechtsmittel:

1. Einsprache als Rechtsmittel

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist die Einsprache ein Rechtsbehelf und kein Rechtsmittel.¹⁰ Was unterscheidet einen Rechtsbehelf von einem Rechtsmittel? Das Gesetz definiert diese Begriffe nicht. Die

5 BSK StPO-*Riklin* (Fn. 1), Vor Art. 352–356 N 1.

6 Vgl. *N. Ruckstuhl/V. Dittmann/J. Arnold*, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011, N 1044; *M. Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, 118 f.

7 *D. Hutzler*, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren: eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern, Zürich 2010, N 444.

8 *Daphinoff* (Fn. 2), 552.

9 Statt vieler *C. Riedo/G. Fiolka/M. A. Niggli*, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 2578.

10 BGE 140 IV 82 E. 2.6; Nachweise bei *Daphinoff* (Fn. 2), 551.

Lehre hält zwar Definitionen bereit, trotzdem konnte sich weder für den Rechtsbehelf noch für das Rechtsmittel eine einheitliche Begriffsbestimmung durchsetzen.¹¹ Gleichwohl ist in der Rechtsprechung und mit Ausnahme einiger kritischen Stimmen¹² auch in der Lehre unbestritten, dass die Einsprache ein Rechtsbehelf ist. In der Lehre wird die fehlende Rechtsmittelqualität unterschiedlich begründet. *Niklaus Schmid* etwa stellt sich auf den Standpunkt: *Die Einsprache ist kein Rechtsmittel. Sie bewirkt einzig, dass das gerichtliche Verfahren eingeleitet wird ...*¹³. Dahinter steckt (wohl) der Gedanke, dass ein Rechtsmittel typischerweise einen Gerichtsentscheid voraussetzt, der angefochten wird, während mit der Strafbefehlseinsprache bloss erstmals überhaupt ein Gerichtsentscheid herbeigeführt werden soll.¹⁴ Gegen diese Begründung spricht zunächst, dass es anerkannte Rechtsmittel gibt, die sich gegen *nichtgerichtliche* Entscheide richten: So können mit dem Rechtsmittel der Beschwerde unter anderem Verfügungen der Polizei angefochten werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Hinzu kommt, dass sich das Argument, wonach mit der Einsprache *das gerichtliche Verfahren eingeleitet* wird, auf altes kantonales Strafprozessrecht stützt.¹⁵ So bestimmte etwa § 322 StPO/ZH-1919: *Ist Einsprache erhoben worden, so überweist die Bezirksanwaltschaft die Akten binnen 5 Tagen dem Bezirksgericht*¹⁶. Dass die Einsprache ohne Weiteres ein Gerichtsverfahren auslöst, gilt heute nur noch für den Militärstrafprozess (Art. 122 Abs. 2 MStP). Im zivilen Strafbefehlsverfahren nimmt der Staatsanwalt auf Einsprache hin weitere Beweise ab, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind (Art. 355 Abs. 1 StPO). Nach der Beweisabnahme stehen ihm sodann vier Möglich-

-
- 11 Vgl. *A. Donatsch/C. Schwarzenegger/W. Wohlers*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 337 f.; *R. Hauser/E. Schweri/K. Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 94 N 1 ff.; *Schmid* (Fn. 3), N 1437 f.; *Riedo/Fiolka/Niggli* (Fn. 9), N 2776 ff.
- 12 *M. F. Altorfer*, Der Strafbefehl im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1966, 73 sieht «dem Wesen nach» keinen Unterschied zwischen der Einsprache und einem Rechtsmittel; zu Recht kritisch auch *Riedo/Fiolka/Niggli* (Fn. 9), N 2781.
- 13 *Schmid* (Fn. 3), N 1362; gleich *Daphinoff* (Fn. 2), 551; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. 12. 2005, BBl 2005, 1085, 1291; s. a. *Y. Jeanneret/A. Kuhn*, Précis de procédure pénale, Berne 2013, N 17020.
- 14 Vgl. *A. Donatsch*, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 1994, 317 ff., 320.
- 15 Vgl. *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 11), § 86 N 9.
- 16 Gesetz des Kantons Zürich betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung), ursprüngliche Fassung vom 4. Mai 1919 (OS 31, 327 ff., 377): vgl. *Altorfer* (Fn. 12), 73; diese Regelung galt allerdings nur bis zur Einführung von § 322 Gesetz des Kantons Zürich betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4. Mai 1919, in der Version des Gesetzes über die Angleichung des kantonalen Prozessrechts an übergeordnetes Recht und über die Rationalisierung der Rechtspflege vom 24. September 1995 (OS 53, 271 ff., 286): *Der Bezirksanwalt nimmt die zur Beurteilung der Einsprache notwendigen Beweise ab. Hält er an seinem Strafbefehl fest, überweist er die Einsprache und die Akten dem Einzelrichter zur Beurteilung. Der Strafbefehl ersetzt die Anklage. Der Bezirksanwalt kann statt dessen Anklage erheben, erneut einen Strafbefehl erlassen oder das Verfahren einstellen.*

keiten offen: Er kann (a) am Strafbefehl festhalten, (b) das Verfahren einstellen, (c) einen neuen Strafbefehl erlassen oder (d) Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erheben (Art. 355 Abs. 3 StPO). Die Einsprache bewirkt also gerade nicht die automatische Einleitung eines Gerichtsverfahrens, sondern zunächst eine Rückweisung der Sache an den Staatsanwalt.¹⁷ Der Beschuldigte kann somit lediglich versuchen, mit seiner Einsprache auf eine gerichtliche Beurteilung hinzuwirken.¹⁸ Der Entscheid über die Einleitung des Gerichtsverfahrens liegt aber beim Staatsanwalt. Dass die Einsprache die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens bewirke, ist somit unter der geltenden Strafprozessordnung nicht nur unzutreffend, es ist auch nicht nachvollziehbar, wie damit die fehlende Rechtsmittelnatur der Einsprache begründet werden sollte.

Weiter wird die fehlende Rechtsmittelqualität der Einsprache damit begründet, dass sie ein *Rechtsbehelf [sei], der bei form- und fristgerechter Erhebung den Strafbefehl dahinfallen lässt*¹⁹. Auch diese Begründung stützt sich auf alte kantonale Strafprozessordnungen. So bestimmte etwa Art. 101 Abs. 2 StPO/OW²⁰: *Mit der fristgemässen Einsprache verliert der Strafbefehl jede Wirkung*.²¹ Demgegenüber kann heute der Staatsanwalt entscheiden, am Strafbefehl festzuhalten (Art. 355 Abs. 3 lit. a StPO). Die Einsprache lässt also den Strafbefehl nicht automatisch dahinfallen.²²

Die Lehre hält auch Argumente gegen die Rechtsmittelqualität bereit, welche keinen Widerspruch zum geltenden Strafprozessrecht setzen: So wird beispielsweise angeführt, dass es der Einsprache an der devolutiven Wirkung fehle.²³ Dieses Argument wurde bereits unter altem Prozessrecht vorgebracht: Da die Sache

17 S. Gless, Der Strafbefehl in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, hrsg. von M. Heer, SWR/Band 12, Bern 2010, 50.

18 Vgl. BSK StPO-Riklin (Fn. 1), Vor Art. 352–356 N 4 wonach die betroffene Person *durch blosser Einsprache ein gerichtliches Verfahren provozieren kann*.

19 Daphinoff (Fn. 2), 554; gleich N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 1481; gleich Ruckstuhl/Dittmann/Arnold (Fn. 6), N 1051; gleich M. Schwitler, Der Strafbefehl im aargauischen Strafprozess, Stellung und Funktion des Strafbefehls des Bezirksamtmanns in der durch Abänderungsgesetz vom 24. Januar 1977 teilrevidierten Strafprozessordnung vom 11. November 1958, Diss. Zürich 1995, Aarau/Frankfurt a.M. 1996, 280.

20 Verordnung des Kantons Obwalden über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 9. März 1973, Fassung gemäss Nachtrag vom 19. Dezember 1996, in Kraft seit 15. Februar 1997 (LB XXIV, 181 ff., 204).

21 Ebenso § 197 Abs. 1 Satz 2 Gesetz des Kantons Aargau über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung, StPO) vom 11. November 1958, geändert am 2. Juli 2002, in Kraft seit 1. Januar 2003 (AGS 2002, 355 ff., 372): *Die Einsprache bewirkt die Aufhebung des Strafbefehls*.

22 Das räumt Daphinoff (Fn. 2) bereits eine Seite weiter (555) selbst ein.

23 Hutzler (Fn. 7), N 421.

nicht an eine höhere, sondern an eine andersartige Instanz gelange, das heisst von einer Verwaltungsbehörde an eine gerichtliche Behörde, fehle es am Devolutiveffekt.²⁴ Inwiefern kein Weiterzug an eine höhere Instanz gegeben sein soll, wenn eine Angelegenheit mittels Einsprache von einer Verwaltungsbehörde an ein Gericht gebracht wird, ist jedoch nicht nachvollziehbar.²⁵ Im Unterschied zum alten kantonalen Recht, welches den automatischen Weiterzug an eine höhere Instanz vorsah,²⁶ geht die Sache heute wie erwähnt zunächst zurück an den Staatsanwalt.²⁷ Insofern erscheint der Einwand der fehlenden devolutiven Wirkung unter geltendem Recht – zumindest auf den ersten Blick – plausibel. Bei näherem Hinsehen kann mit dem fehlenden Devolutiveffekt aber auch unter geltendem Recht nicht begründet werden, dass die Einsprache kein Rechtsmittel sei. Rechtsmittel sind nicht zwingend mit einem Weiterzug verbunden. Das zeigt sich etwa an der Revision eines Berufungsentscheids, die an den *iudex a quo* zu richten ist.²⁸ Ganz allgemein wird – bei allen Differenzen zum Begriff des Rechtsmittels – nach herrschender Lehre zwischen devolutiven und nicht devolutiven Rechtsmitteln unterschieden.²⁹ Der (heute) fehlende Devolutiveffekt kann somit nicht als Argument dafür gelten, dass die Einsprache kein Rechtsmittel sei.

Die Einsprache sei auch deshalb kein Rechtsmittel, weil sie sich nicht gegen ein Urteil, sondern lediglich gegen einen Vorschlag zur Verfahrenserledigung richte.³⁰ Dagegen spricht das bereits erwähnte Argument, dass Rechtsmittel nicht auf die Anfechtung von Gerichtsurteilen beschränkt sind, sondern sich auch gegen Entscheide von Exekutivbehörden richten können (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Darüber hinaus trifft es *de iure* zwar zu, dass Strafbefehle blosse Urteilsvorschläge (sog. «Dispositivofferten»³¹) darstellen, *de facto* werden indes weniger als 5% der Strafbefehle angefochten, und rund die Hälfte der Einsprachen wird zurückgezogen.³² 98% aller Strafbefehle werden somit zu rechtskräftigen Strafurteilen. Vor diesem Hintergrund negieren Strafbehörden, die den provisorischen Charakter von

24 Altorfer (Fn. 12), 73.

25 A. M. Daphinoff (Fn. 2), 565.

26 Vgl. Fn. 16 vorstehend.

27 Vgl. Fn. 17 vorstehend.

28 Art. 411 Abs. 1 StPO; s. a. BSK StPO-Heer (Fn. 1), Art. 411 N 4.

29 Oberholzer (Fn. 19), N 1530; Schmid (Fn. 3), N 1449.

30 A. Falkner, in: P. Goldschmid/T. Maurer/J. Sollbeger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008, 347; Riedo/Fiolka/Niggli (Fn. 9), N 2578.

31 Donatsch (Fn. 14), 324 ff.

32 Hutzler (Fn. 7), N 125 Anm. 303; zum Rückzug der Einsprachen T. Hansjakob, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, fp 3/2014, 160 ff., 162 f.

Strafbefehlen betonen,³³ ihre faktische Urteilsverantwortung. Ein Strafbefehl ist deutlich mehr als ein *netter Vorschlag*³⁴.

Dass die Einsprache ein Rechtsbehelf sein soll, wird schliesslich von den Konsequenzen her begründet. Wäre sie ein Rechtsmittel, müssten die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel (Art. 379 ff. StPO) zur Anwendung kommen.³⁵ Ein näherer Blick zeigt, worum es in der Sache wirklich geht: Die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel sollen nicht anwendbar sein, damit der Einsprecher nicht vom Reformatio-in-peius-Verbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO profitiert.³⁶ Unabhängig von der sogleich zu diskutierenden Frage, ob und inwieweit das Schlechterstellungsverbot im Verfahren der Strafbefehlseinsprache gilt (2.), kann die Rechtsmittelqualität der Einsprache nicht damit verneint werden, dass man die Konsequenzen dieser Einteilung ablehnt. Das Argument ist inhaltsleer; es besagt lediglich, dass Einsprachen keine Rechtsmittel sind, weil sie keine Rechtsmittel sein dürfen.

Die angeführten Begründungen für die Einordnung der Einsprache als Rechtsbehelf überzeugen allesamt nicht. Wer den engen Rahmen des Strafprozessrechts verlässt und Strafbefehle einmal aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts betrachtet, wo sie im Übrigen auch herkommen,³⁷ dem erschliesst sich eine ganz neue Sicht: *Die Einsprache ist das vom Gesetz besonders vorgesehene förmliche Rechtsmittel (sic!), mit dem eine Verfügung bei der verfügenden Verwaltungsbehörde zwecks Neuüberprüfung angefochten wird*³⁸. Treffender könnte man auch die Einsprache gegen den Strafbefehl nicht umschreiben. In der traditionellen Rechtsmittelkategorisierung lässt sich die Einsprache somit einordnen als das primär zu ergreifende ordentliche Rechtsmittel: Sie suspendiert den Eintritt der Rechtskraft. Ausserdem ist sie ein vollkommenes Rechtsmittel, da sie zu einer vollständigen Überprüfung des angefochtenen Urteilsvorschlags führen kann. Der Entscheid des Staatsanwalts kann auf Reformation (z. B. Art. 355 Abs. 3 lit. c) oder Kassation

33 Vgl. etwa L. Scherrer, Wie man eine unbequeme Politikerin abserviert, Neue Zürcher Zeitung, Mittwoch, 10. Dezember 2014, Nr. 287, S. 17.

34 In Anlehnung an C. Riedo/G. Fiolka, Der Strafbefehl: Netter Vorschlag oder ernste Drohung?, fp 3/2011, 156 ff.

35 Schmid (Fn. 3), N 1439.

36 Donatsch (Fn. 14), 320; Hutzler (Fn. 7), N 464; Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 11), § 86 N 9; V. Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber/S. Summers, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 391 N 9.

37 M. Lagler, Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität?, Diss. Zürich 2014 (im Druck), 2. Teil, II. Kapitel, 1.A.

38 U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 1815.

(lit. b) lauten.³⁹ Schliesslich ist die Einsprache ein nicht devolutives Rechtsmittel⁴⁰: Die Einsprache führt nicht dazu, dass die Angelegenheit von der nächst höheren Instanz beurteilt wird. Der Strafbefehl geht vielmehr – wie bereits erwähnt – zunächst zurück zur verfügenden Behörde, zum Staatsanwalt. Die Einsprache leitet mit anderen Worten ein Wiedererwägungsverfahren ein.⁴¹ Zusammenfassend ist die Einsprache entgegen herrschender Lehre und Rechtsprechung als Rechtsmittel einzustufen. Welche Konsequenzen dies für das Schlechterstellungsverbot hat, ist nunmehr zu beurteilen.

2. Schlechterstellungsverbot nach Einsprache

Die Diskussion um die rechtliche Einordnung hat gezeigt, dass es keine plausiblen Gründe gibt, die Einsprache bloss als Rechtsbehelf zu behandeln; sie ist vielmehr ein Rechtsmittel. Wird die Einsprache als Rechtsmittel qualifiziert, so sind die allgemeinen Bestimmungen zu den Rechtsmitteln nach Art. 379 ff. StPO anwendbar. Dies führt uns zur zweiten These, wonach das Schlechterstellungsverbot von Art. 391 Abs. 2 StPO entgegen der herrschenden Lehre auch bei der Einsprache gilt.

Wird Einsprache erhoben, so geht die Sache zurück an den Staatsanwalt. Dieser nimmt die weiteren Beweise ab, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind (Art. 355 Abs. 1 StPO). Danach kann er entscheiden, ob er am Strafbefehl festhalten, das Verfahren einstellen, einen neuen Strafbefehl erlassen oder Anklage beim Gericht erheben will (Art. 356 Abs. 3 StPO). Faktisch können sich nur die letzten beiden Möglichkeiten zulasten des Beschuldigten auswirken. Drängen sich aufgrund neuer Beweise ein anderes Strafmass, eine andere Sanktion oder eine andere rechtliche Qualifikation der Straftat(en) auf oder werden neue Straftaten erst bekannt,⁴² stellt sich die Frage nach Umfang und Geltung des Reformatio-in-peius-Verbots.

In Bezug auf den Umfang hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass das Schlechterstellungsverbot nicht nur die Strafe umfasst, sondern es auch nicht zulässt, den Beschuldigten bei Bestätigung der Strafe im Schuldpunkt schlechterzustellen.⁴³ In Bezug auf seine Geltung geht die herrschende Lehre davon aus, dass

39 Zur Kategorisierung der Rechtsmittel *Schmid* (Fn. 3), N 1444 ff.; zur Übertragung der Kategorien auf den *Rechtsbehelf* der Einsprache *Schwitzer* (Fn. 19), 282 ff.

40 Gleich *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 38), N 1815.

41 *Thommen* (Kurzer Prozess, Fn. 6), 124 ff.; dazu unten II.3.

42 *F. Riklin*, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JstPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 355 N 4.

43 BGE 139 IV 282; dazu weiter *M. Oehen*, Das Bundesgericht beschränkt die reformatio in peius, fp 5/2014, 288 ff.

das Schlechterstellungsverbot im Einspracheverfahren nicht zur Anwendung kommt.⁴⁴ Immerhin gibt es auch differenziertere Stellungnahmen: So soll eine Schlechterstellung mit Blick auf das Fairnessgebot nur zulässig sein, wenn neue sachliche Anhaltspunkte dies rechtfertigten.⁴⁵ Unter altem Prozessrecht galt das Reformatio-in-peius-Verbot etwa im Kanton Thurgau auch für das Strafbefehlsverfahren.⁴⁶ In Verwaltungsstrafverfahren des Bundes gilt bis heute, dass die Verwaltung beim Erlass einer Strafverfügung die Strafe gegenüber dem Strafbescheid grundsätzlich nicht verschärfen darf.⁴⁷

Nach Art. 391 Abs. 2 StPO darf die Rechtsmittelinstanz Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist. Diese Bestimmung gilt nach ihrem Wortlaut nicht nur für erstinstanzlich «verurteilte», sondern explizit auch für «beschuldigte» Personen. Als beschuldigte Person gilt unter anderem die Person, die von einer Strafbehörde einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird (Art. 111 Abs. 1 StPO). Die Stellung als beschuldigte Person endet mit rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens. Gegebenenfalls wird sie zur «verurteilten» Person.⁴⁸ Der Strafbefehl wird erst mit unbenutztem Ablauf der Einsprachefrist zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Bis dahin gilt der mutmassliche Täter als *beschuldigte* Person. Der Wortlaut von Art. 391 Abs. 2 StPO steht somit der Anwendung des Schlechterstellungsverbots im Einspracheverfahren nicht entgegen.

Für die Geltung des Schlechterstellungsverbots spricht auch dessen Grundgedanke.⁴⁹ Der Sinn dieser *Rechtswohlthat*⁵⁰ besteht in den Worten des Bundesgerichts darin, *dass der Angeklagte nicht durch die Befürchtung, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten werden soll*⁵¹. Dieser Gedanke gilt *a fortiori* für die Strafbefehlseinsprache: Wenn der Betroffene schon nicht durch eine drohende Schlechterstellung davon abgehalten werden soll, ein erstinstanzliches Urteil durch die Berufungsinstanz überprüfen zu lassen, so muss er

44 Daphinoff (Fn. 2), 571; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers (Fn. 11), 348; Riedo/Fiolka/Niggli (Fn. 9), N 2594; Riklin (Fn. 42), Art. 355 N 4; Jeanneret/Kuhn (Fn. 13), N 17024; s. a. Botschaft StPO (Fn. 13), 1291.

45 Riedo/Fiolka/Niggli (Fn. 9), N 2595; kritisch auch Gless (Fn. 17), 51.

46 Th. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 136 Ziff. 25 ff.; dazu m. w. H. G. Kolly, Zum Verschlechterungsverbot im schweizerischen Strafprozess, ZStrR 1995, 305.

47 Art. 70 Abs. 1 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR; SR 313.0); A. Eicker/F. Frank/J. Achermann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, 261.

48 Lieber, in: ZHK StPO (Fn. 36), Art. 111 N 6.

49 Gleich Hutzler (Fn. 7), N 464.

50 Kolly (Fn. 46), 298.

51 BGE 139 IV 282 E. 2.4.3.

doch erst recht eine erstmalige gerichtliche Beurteilung anstreben können, ohne Nachteile zu befürchten. Mit anderen Worten sollen Beschuldigte nicht bestraft werden, wenn sie auf ihrem konventionsrechtlichen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) bestehen.⁵²

Grundsätzlich spricht somit viel dafür, dass das Verbot der Reformatio in Peius auch im Einspracheverfahren gilt. Allerdings sind die staatsanwaltschaftliche und die gerichtliche Phase des Einspracheverfahrens sorgfältig auseinanderzuhalten. Dies gilt insbesondere mit Blick auf Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO, wonach eine strengere Bestrafung aufgrund neuer Tatsachen vorbehalten bleibt.

Wird Einsprache erhoben, so geht der Strafbefehl in einer *ersten Phase* zurück an den Staatsanwalt. Er nimmt die *weiteren* Beweise ab, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind (Art. 355 Abs. 1 StPO). Diese Bestimmung ist insofern verkürzt, als eine Einsprache auch dazu führen kann, dass der Staatsanwalt *erstmalig* eigene Beweise abnimmt. Art. 309 Abs. 4 StPO erlaubt dem Staatsanwalt nämlich, einen Strafbefehl zu erlassen, ohne dass er eine Untersuchung eröffnen muss.⁵³ Ein solcher Strafbefehl stützt sich allein auf die Polizeiakten.⁵⁴ Es ist nicht auszuschliessen, dass im Rahmen der ersten oder weiterer Beweisabnahmen neue Tatsachen zum Vorschein kommen, welche den Erlass eines neuen Strafbefehls oder die Anklage beim Gericht nach sich ziehen. Erlauben solche neuen Tatsachen eine Schlechterstellung? Dafür spricht, dass es gerade im Wesen des summarischen Strafbefehls liegt, dass nach der Einsprache neue Tatsachen zutage treten.⁵⁵ Dagegen ist zu halten, dass nur diejenigen neuen Tatsachen vom Schlechterstellungsverbot ausgenommen sind, die bei der ersten Entscheidung *nicht bekannt sein konnten* (Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO). Auf die Einsprache umgemünzt bedeutet dies, dass in der ersten Phase des Einspracheverfahrens, wenn der Staatsanwalt erstmals eigene oder weitere eigene Beweise abnimmt, eine Schlechterstellung nur möglich ist, falls ihm die neuen belastenden Tatsachen nicht schon vorher *hätten bekannt sein können*. Umgekehrt formuliert soll die unzureichende Ermittlung des Staatsanwalts dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen.⁵⁶ Diese Lösung bezeich-

52 Zum Problem der «Trial Penalties» vgl. R. L. Lippke, *The Ethics of Plea Bargaining*, New York 2011, 38 ff.

53 Hutzler (Fn. 7), N 189; Y. Jeanneret, *Ordonnance pénale et procédure simplifiée: une auto-route semée d'embûches?*, Jusletter 13. Februar 2012, Rz. 14; Landshut/Bosshard, in: ZKH StPO (Fn. 36), Art. 309 N 47; s. a. M. Leupold, *Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 Entstehung – Grundzüge – Besonderheiten*, BJM 2008, 233 ff., 247.

54 Vgl. Riklin (Fn. 42), Art. 352 N 3; nach Hansjakob (Fn. 32), 161 beruhen 91% von 28 357 im Kanton St. Gallen erlassenen Strafbefehlen ausschliesslich auf den Ergebnissen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens.

55 Kolly (Fn. 46), 307.

56 Gless (Fn. 17), 51.

net *Michael Daphinoff* kurzerhand als *weder praktikabel noch überzeugend*⁵⁷. Richtig an diesem Einwand ist nur, dass ein so angewandtes Schlechterstellungsverbot das Strafbefehlsverfahren stark verändern würde. Die weit verbreitete Praxis, Strafbefehle ohne jegliche oder mit eingeschränkter Untersuchung zu erlassen, würde für die Staatsanwälte zu einem Risiko. Andererseits könnte damit genau diejenige Disziplinierung bewirkt werden, die dem heutigen Strafbefehlsverfahren fehlt.⁵⁸ Hätten dem Staatsanwalt die nach der Einsprache erhobenen Beweise schon vorher bekannt sein können, darf er den Beschuldigten im zweiten Strafbefehl oder in der Anklage nicht schlechter stellen.

In der *zweiten Phase* des Einspracheverfahrens kommt es allenfalls zu einer gerichtlichen Beurteilung des Strafbefehls: Auf Einsprache hin kann der Staatsanwalt am Strafbefehl festhalten (Art. 355 Abs. 3 lit. a StPO), der Strafbefehl gilt in diesem Fall als Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 Satz 2 StPO). Er kann allerdings auch Anklage beim Gericht erheben (Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO). Ist das Gericht in diesen Fällen an das *Reformatio-in-peius*-Verbot gebunden? Für die Geltung des Schlechterstellungsverbots spricht hier wiederum sein Grundgedanke, dass der Beschuldigte nicht von der Inanspruchnahme eines Konventionsrechts abgehalten werden soll. Jedoch ist zu beachten, dass das Gericht im ordentlichen Verfahren nicht an die staatsanwaltschaftlichen Anträge gebunden ist (Art. 350 Abs. 1 StPO).⁵⁹ Genauso wenig kann es durch eine «Strafbefehlsanklage» fremdbestimmt werden.⁶⁰ Will man die Unabhängigkeit des Gerichts nicht gefährden, muss es ihm möglich bleiben, sich auch zulasten des Beschuldigten über den Strafbefehl hinwegzusetzen. Das Schlechterstellungsverbot gilt somit auf der Stufe des erstinstanzlichen Gerichts nicht.⁶¹ Allerdings gebieten das Fairnessgebot und der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO) in diesen Fällen, dass das Gericht den Beschuldigten vorgängig über die ins Auge gefasste Verschärfung informiert.⁶² So

57 *Daphinoff* (Fn. 2), 571 dortige Anm. 3670 mit Bezug auf die soeben referierte Meinung *Gless* (vgl. Fn. 56).

58 Dazu sogleich unten II.3.

59 BSK StPO-*Heimgartner/Niggli* (Fn. 1), Art. 350 N 4.

60 *Hutzler* (Fn. 7), N 431.

61 *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 11), § 86 N 9; *Jeanneret/Kuhn* (Fn. 13), N 17029.

62 Nach mündlicher, an dieser Stelle zu verdankender Auskunft von Bezirksrichter lic. iur. Thomas Fleischer vom Freitag, 12. September 2014, entspricht es am Bezirksgericht Zürich gängiger Praxis, dem Beschuldigten einen Rückzug seiner Einsprache nahezu legen, wenn das Gericht zu einer strengeren Bestrafung neigt. Zu einer entsprechenden Praxis im Verwaltungsrecht vgl. *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 38), N 1813: *Vor einer beabsichtigten reformatio in peius muss die Beschwerdeinstanz der Partei Gelegenheit zur Stellungnahme – und damit zum allfälligen Rückzug der Beschwerde – geben*, m. H. a. Art. 62 Abs. 3 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968; insofern dem Fairnessgebot widersprechend hingegen: Art. 70 Abs. 1 Satz 3 VStrR.

bleibt dem Beschuldigten immer noch die Möglichkeit, seine Einsprache bis zum Abschluss der Parteivorträge (Art. 356 Abs. 3 StPO) zurückzuziehen.⁶³

Zusammenfassend gilt in der ersten Phase des Einspracheverfahrens, dass der Staatsanwalt bei der Behandlung der Einsprache an das Reformatio-in-peius-Verbot grundsätzlich gebunden ist. Eine Schlechterstellung des Beschuldigten kann sich nur auf Beweise stützen, die der Staatsanwalt nicht bereits vor Erlass des ersten Strafbefehls hätte erheben können. Die verschuldet mangelhafte oder fehlende Beweiserhebung im Vorverfahren belastet so den Staatsanwalt. Das Verbot der Reformatio in Peius verhindert, dass der Beschuldigte aus blosser Angst vor einer Schlechterstellung darauf verzichtet, gegen einen seiner Ansicht nach unzutreffenden Strafbefehl Einsprache zu erheben. Im Gegensatz zum Staatsanwalt ist das Gericht in der zweiten Phase des Einspracheverfahrens jedoch weder in Bezug auf die rechtliche Würdigung noch auf die Rechtsfolgen an den ursprünglichen Strafbefehl gebunden. Es untersteht insoweit keinem Schlechterstellungsverbot, ist indes gehalten, dem Beschuldigten vor einer drohenden Schlechterstellung Gelegenheit zum Rückzug der Einsprache einzuräumen.

Im Ergebnis kann also die Geltung des Schlechterstellungsverbots den Staatsanwalt zur Sorgfalt beim Erlass von Strafbefehlen anhalten. Das Abstellen auf das Schlechterstellungsverbot präsentiert sich so als ein prozessdogmatischer Kunstgriff, mit dem das gewünschte Resultat der vertieften staatsanwaltschaftlichen Untersuchung bereits *de lege lata* erreicht werden kann. Ein solcher Kunstgriff kann allerdings nur die Lösung zweiter Wahl sein, um die Untersuchungsdefizite im Strafbefehlsverfahren auszugleichen. *De lege ferenda* ist das Verfahren der Strafbefehlseinsprache grundsätzlich zu überdenken.

3. Recht auf direkte Anrufung des Gerichts

Unsere dritte These lautet, dass dem Beschuldigten ein Recht einzuräumen ist, mit seiner Einsprache direkt das Gericht anzurufen. Wie gesehen ist die Einsprache nach geltendem Recht ein nicht devolutives Rechtsmittel. Sie führt dazu, dass die Sache nochmals zurück an den Staatsanwalt geht. Dieser kann den Strafbefehl in Wiedererwägung ziehen. Zunächst stellt sich die Frage, *weshalb* Strafbefehlsverfahren als Wiedererwägungsverfahren ausgestaltet sind, sodann *welche Folgen* dies hat.

Das Strafbefehlsverfahren der Schweizerischen Strafprozessordnung geht zurück auf die frühere Regelung des Kantons Zürich.⁶⁴ Dies gilt auch für das Verfahren der Strafbefehlseinsprache. Die ursprüngliche Zürcher Strafprozessordnung

63 Vgl. Gless (Fn. 17), 51.

64 Thommen (Kurzer Prozess, Fn. 6), 25.

von 1919 sah noch ein devolutives System vor. Die Einsprache führte direkt zur gerichtlichen Beurteilung.⁶⁵ Mit Kreisschreiben vom 16. April 1992 wurden die Bezirksanwälte ermächtigt, Strafbefehle ohne Einvernahme zu erlassen, sofern keine unbedingte Freiheitsstrafe drohte. Die untersuchungsrichterlichen Einvernahmen seien oft bloss eine Wiederholung der polizeilichen gewesen, weshalb man sie als entbehrlich ansah. Vielen Strafbefehlen, gegen welche Einsprache erhoben wurde, fehlte es dann jedoch an der Einvernahme des Beschuldigten und damit an der wichtigsten Untersuchungshandlung. Als Konsequenz hätten die Beschuldigten erstmals vom Gericht einvernommen werden müssen. Um dies zu verhindern, räumte man den Bezirksanwälten als Notlösung Gelegenheit ein, ihre Anklage zurückzuziehen zwecks «Ergänzung» der Untersuchung.⁶⁶

Mit der Revision der Strafprozessordnung des Kantons Zürich von 1995 wurde die Praxis, Strafbefehle ohne vorgängige Einvernahme zu erlassen, ins ordentliche Recht überführt. Um die Notlösung der Anklageergänzung künftig zu vermeiden, hatte der Bezirksanwalt neu *die zur Beurteilung der Einsprache notwendigen Beweise*⁶⁷ abzunehmen. Nach der Beweisabnahme standen dem Bezirksanwalt erstmals vier Möglichkeiten offen: *Hält er an seinem Strafbefehl fest, überweist er die Einsprache und die Akten dem Einzelrichter zur Beurteilung. Der Strafbefehl ersetzt die Anklage. Der Bezirksanwalt kann statt dessen Anklage erheben, erneut einen Strafbefehl erlassen oder das Verfahren einstellen*⁶⁸. Damit war faktisch das Wiedererwägungssystem eingeführt, das später gegen den Widerstand der Kantone Genf, Neuenburg, Waadt und Tessin in die Schweizerische Strafprozessordnung überführt wurde.⁶⁹ Statt die Praxis «unerhörter Strafbefehle»⁷⁰ grundsätzlich zu überdenken, hat man ihr mit dem neuen Wiedererwägungssystem einen prozessualen Rahmen geschaffen, ohne allerdings die damit verbundenen Konsequenzen zu überblicken.

65 § 322 Gesetz des Kantons Zürich betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung), ursprüngliche Fassung vom 4. Mai 1919 (OS 31, 327 ff., 377): *Ist Einsprache erhoben worden, so überweist die Bezirksanwaltschaft die Akten binnen 5 Tagen dem Bezirksgericht.*

66 Zum Ganzen Weisung des Regierungsrates zum Antrag vom 19. Januar 1994 zu einem Gesetz über die Rationalisierung der Rechtspflege, Amtsblatt des Kantons Zürich, 1994/1, Textteil, 278 ff., 283 f.

67 § 322 Abs. 1 Gesetz des Kantons Zürich betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4. Mai 1919, in der Version des Gesetzes über die Angleichung des kantonalen Prozessrechts an übergeordnetes Recht und über die Rationalisierung der Rechtspflege vom 24. September 1995 (OS 53, 271 ff., 286).

68 Abs. 2 und 3 a. a. O.

69 Art. 355 Abs. 1 und 3 StPO; vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bundesamt für Justiz, Bern, Februar 2003, 80; dazu *Lagler* (Fn. 37), 2. Teil, II. Kapitel, I.D.d.

70 Dazu weiter *M. Thommen*, Unerhörte Strafbefehle, Strafbefehle ohne Einvernahme – ein Plädoyer für Kommunikation mit Beschuldigten, ZStrR 2010, 373 ff.

Der Wechsel von einem devolutiven zu einem wiedererwägenden Einspracheverfahren hat einschneidende Folgen für das Strafbefehlsverfahren. Auf Einsprache hin geht der Strafbefehl immer zuerst an den Staatsanwalt zurück. Die Rückweisung ist also nicht auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen der Staatsanwalt von einer vorgängigen Einvernahme des Beschuldigten absah. Die Wiedererwägung hat zunächst nicht nur Nachteile. So können beispielsweise Diskretionsinteressen des Beschuldigten für die Wiedererwägung sprechen: *Der Beschuldigte braucht nicht sogleich die gerichtliche Beurteilung mit ihrer Publizität, ihren Umtrieben und Kosten zu verlangen, wenn er beispielsweise nur die Höhe der Busse anfechten will*⁷¹. Sinnvoll ist ein Wiedererwägungssystem ferner bei Behördeneinsprachen: Kann der Staatsanwalt seinen Strafbefehl auf Einsprache der Oberstaatsanwaltschaft hin abändern, muss die behördeninterne Meinungsverschiedenheit nicht vor einem Gericht ausgetragen werden. Gegen ein Wiedererwägungssystem spricht jedoch vor allem, dass es die Gefahr einer systematischen Verletzung der Unschuldsvermutung schafft.⁷² Für den Staatsanwalt besteht bei der Erstentscheidung kein Anreiz zur Sorgfalt. Bei näherer Betrachtung ist die Fehleranfälligkeit von Strafbefehlen in Art. 355 Abs. 3 lit. b StPO sogar einkalkuliert: Nach Abnahme der Beweise kann der Staatsanwalt das Verfahren einstellen. Damit gesteht der Gesetzgeber ein, dass die Beweisabnahme regelmässig auch zur Erkenntnis führen kann, dass der erste Strafbefehl grundlos erlassen wurde. Die Möglichkeit zur Wiedererwägung verleitet den Staatsanwalt mit anderen Worten dazu, mit seinem ersten Entscheid zunächst einmal einen «Versuchsballon» steigen zu lassen, nach dem Motto: Der Unschuldige wird sich schon zur Wehr setzen! Setzt sich der Adressat zur Wehr und erhebt Einsprache, kann der Staatsanwalt den Strafbefehl aufheben oder ändern. Dabei unterliegt er keiner gerichtlichen Kontrolle. Von aufgehobenen Strafbefehlen erfährt kein Gericht etwas.⁷³

Im ursprünglichen Devolutivsystem wirkte das bloss Drohen einer Einsprache disziplinierend. Weil der Staatsanwalt den bestrittenen Strafbefehl direkt dem Gericht vorlegen musste, drohte ihm gerichtliche Schelte, wenn sich herausstellte, dass der Strafbefehl keine oder eine bloss ungenügende Beweisgrundlage hatte. Heute kann der Staatsanwalt im Zweifel einen Strafbefehl erlassen, ohne etwas befürchten zu müssen. Ob er von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch macht, kann offengelassen werden. Alleine schon die unkontrollierte Möglichkeit, *in dubio contra reo* Strafbefehle zu erlassen, ist eine Bedrohung der Unschuldsver-

71 So zum verwaltungsstrafrechtlichen Wiedererwägungssystem: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971, BBl 1971 I 993 ff., 1003.

72 So bereits A. Eicker, Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung: staatsanwaltschaftliche Kompetenz-Konzentration und ihre Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren, AJP 2003, 13 ff., 20.

73 Zum Ganzen *Thommen* (Kurzer Prozess, Fn. 6), 124 ff.

mutung. Ebenso bedenklich ist, dass der Beschuldigte mittels Einsprache aktiv werden muss, um diese Schuldvermutung zu beseitigen.

Zusammenfassend wurde das heutige Wiedererwägungssystem geschaffen, um Untersuchungsmängel aufzufangen, die sich aus der Praxis ergaben, Strafbefehle ohne Einvernahme zu erlassen. Damit wurde das Pferd am Schwanz aufgezäumt: Statt die fragwürdige Praxis aufzugeben, Strafbefehle ohne Einvernahme zu erlassen, hat man ihr einen institutionellen Rahmen geschaffen, der das Strafbefehlsverfahren grundlegend und zum Nachteil des Beschuldigten verändert hat. *De lege ferenda* ist vor Strafbefehlserlass immer eine Untersuchung zu eröffnen, Beweise sind durch den Staatsanwalt zu erheben, und insbesondere ist der Beschuldigte stets einzuvernehmen. Damit wäre *ein* wesentliches Defizit des Strafbefehlsverfahrens beseitigt: die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Weil die Forderung jedoch mit Mehraufwand verbunden ist,⁷⁴ dürfte sie angesichts der stetigen Verschlankung der Strafverfahren vorhersehbar einen schweren Stand haben.

Unabhängig von dieser ersten Forderung könnte der «Versuchsballon-Problematik» dadurch begegnet werden, dass man im Verfahren der Strafbefehlseinsprache wieder zu einem reinen Devolutivsystem zurückkehrt: Danach würde eine Einsprache zwingend und direkt zu einer gerichtlichen Beurteilung führen. Um die Vorteile des Wiedererwägungssystems nicht ganz zunichte zu machen, wird vorliegend jedoch – im Sinne der eingangs erwähnten 3. These (Recht auf direkte Anrufung des Gerichts) – eine vermittelnde Lösung vorgeschlagen. Dem Beschuldigten soll bei der Einsprache ein Wahlrecht eingeräumt werden: Er kann entweder die Wiedererwägung durch den Staatsanwalt oder direkt die gerichtliche Beurteilung verlangen. Im Verwaltungsstrafverfahren ist es bereits heute möglich, auf Antrag oder mit Zustimmung des Einsprechers die Einsprache als Begehren um Beurteilung des Strafgerichts zu behandeln (Art. 71 VStrR). Im Strafbefehlsverfahren wird der Beschuldigte insbesondere die direkte gerichtliche Beurteilung verlangen, wenn er davon ausgeht, dass der Staatsanwalt einen Strafbefehl ohne (genügende) Grundlage erlassen hat. Im Gegensatz zur fakultativen Regelung von Art. 71 VStrR, wonach die Verwaltung eine Einsprache als Begehren um gerichtliche Beurteilung behandeln *kann*, müsste das Begehren für die Erlassbehörde jedoch verbindlich sein.⁷⁵ Alleine schon die Möglichkeit eines solchen direkten Weiterzugs hätte wohl den erwünschten disziplinierenden Effekt. Die mit der Versuchsballon-Problematik verbundene systematische Bedrohung der Unschuldsvermutung könnte so gebannt werden. Der Staatsanwalt müsste sich in jedem Fall gut

74 Der Mehraufwand für flächendeckende Untersuchungseröffnungen und Einvernahmen wäre aufgrund der vorhandenen empirischen Erhebungen (dazu *Hansjakob* [Fn. 32], 161) wohl beträchtlich.

75 Vgl. die «Kann»-Bestimmung von Art. 71 VStrR: *Auf Antrag oder mit Zustimmung des Einsprechers kann die Verwaltung eine Einsprache als Begehren um Beurteilung durch das Strafgericht behandeln*; s. a. *Eicker/Frank/Achermann* (Fn. 47), 259.

überlegen, ob die Ergebnisse der polizeilichen Ermittlung und der allenfalls durchgeführten Untersuchung zum Erlass eines Strafbefehls ausreichen.

III. Abgekürztes Verfahren

Einleitend wurde bereits angetönt, dass summarische Erledigungsformen und Rechtsmittel in einem Zielkonflikt zueinanderstehen: Alle Weiterzugsmöglichkeiten bedrohen nämlich das Ziel einer raschen Verfahrenserledigung. In Bezug auf abgekürzte Verfahren war dies erklärermassen der Grund, weshalb die Rechtsmittel auf ein Minimum beschränkt wurden.⁷⁶ Der Entscheid des Staatsanwalts über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens ist endgültig (Art. 359 Abs. 1 StPO). Auch die gerichtliche Ablehnung des abgekürzten Verfahrens ist nicht anfechtbar (Art. 362 Abs. 3 StPO). Die Anklageschrift im abgekürzten Verfahren umfasst sodann den Hinweis, dass mit Zustimmung zur Anklageschrift auf ein ordentliches Verfahren sowie auf Rechtsmittel verzichtet wird (Art. 360 Abs. 1 lit. h StPO). Die Berufung gegen Urteile im abgekürzten Verfahren ist daher stark eingeschränkt (Art. 362 Abs. 5 StPO).⁷⁷ Die Revision soll gar ganz ausgeschlossen sein.⁷⁸ Mit anderen Worten ist im abgekürzten Verfahren der Name auch in Bezug auf die Rechtsmittel Programm. Es gibt gute Gründe, diese Rechtsmittelrestriktionen zu kritisieren.⁷⁹

Der Blick soll nachfolgend indes auf ein Rechtsschutzproblem gelenkt werden, das in der bisherigen Diskussion wenig Aufmerksamkeit erfahren hat: Welche Schutzmöglichkeiten stehen dem Beschuldigten bei gerichtlichen Absprachen im abgekürzten Verfahren zu? Unsere These hierzu ist, dass ihm bei gerichtlichen Absprachen der gleiche Schutz zu gewähren ist, wie bei Absprachen mit dem Staats-

76 Siehe dazu auch Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001, 235; Botschaft StPO (Fn. 13), 1297: *Absatz 4 beschränkt die Rechtsmittelmöglichkeit gegen ein Urteil. Diese Beschränkung hängt mit dem summarischen Charakter des abgekürzten Verfahrens zusammen*; s. a. Schmid (Fn. 3), N 1389.

77 Art. 362 Abs. 5 StPO: *Mit der Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren kann eine Partei nur geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche nicht der Anklageschrift.*

78 Botschaft StPO (Fn. 13), 1297; D. Jositsch/P. Bischoff, Das Abgekürzte Verfahren gemäss Art. 365–369 des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Festschrift für Franz Riklin, hrsg. von M. A. Niggli/J. H. Pozo/N. Queloz, Zürich 2007, 429 ff., 433.

79 Nach A. Donatsch/M. Frei, in: «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächter, hrsg. von M. Heer/S. Heimgartner/M. A. Niggli/M. Thommen, Basel 2011, 73 ff., 86, soll die Revision möglich sein bei neuen Tatsachen und Beweismitteln, *welche sich in wesentlicher Weise auf den Entscheid auswirken*, sowie bei Nötigung der beschuldigten Person durch den Staatsanwalt, Amtsmissbrauch, Verletzung der EMRK; ähnlich Riklin (Fn. 42), Art. 362 N 6; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers (Fn. 11), 322; s. a. Riedo/Fiolka/Niggli (Fn. 9), N 2673 f.

anwalt. Zunächst wird dargestellt, wie es im abgekürzten Verfahren überhaupt zu Absprachen vor Gericht kommt (1.), sodann, weshalb solche Absprachen vor Gericht ein Problem darstellen (2.) und schliesslich, welche Schutzmechanismen zu ergreifen sind (3.).

1. Absprache vor Gericht

Das abgekürzte Verfahren gliedert sich in die drei Abschnitte der Einleitung, Durchführung und Bestätigung.⁸⁰ Einleitend stellt der Beschuldigte den Antrag, ein abgekürztes Verfahren durchzuführen. Dieser Antrag setzt voraus, dass er geständig ist und die Zivilansprüche anerkennt (Art. 358 Abs. 1 StPO). Dem Antrag des Beschuldigten gehen in der Regel informelle Verhandlungen (Absprachen) zwischen ihm und dem Staatsanwalt voraus.⁸¹ Der Staatsanwalt entscheidet sodann, ob er diesem Antrag stattgeben und ein abgekürztes Verfahren durchführen will (Art. 359 Abs. 1 StPO). Im Durchführungsstadium arbeitet er die Anklageschrift aus, die materiell einen Urteilsentwurf darstellt,⁸² und unterbreitet sie den Parteien zur Genehmigung. Diese haben eine Bedenkzeit von zehn Tagen (Art. 360 Abs. 2 StPO). Die Anklageschrift wird nur dann an das erstinstanzliche Gericht übermittelt, wenn der Beschuldigte der Anklageschrift explizit zustimmt.⁸³ Bei der Privatklägerin wird die Zustimmung vermutet, wenn sie nicht innert Frist widerspricht (Art. 360 Abs. 3 StPO). Im Bestätigungsverfahren entscheidet das Gericht, ob es die Anklageschrift zum Urteil erheben will oder nicht. Nach dem Wortlaut von Art. 362 StPO kann es die Anklageschrift dabei lediglich entweder genehmigen (Abs. 2) oder ablehnen (Abs. 3).⁸⁴ *Tertium non datur*.

Bereits der Bundesrat empfand dieses dem Gericht angelegte strikte Entscheidkorsett als zu eng. Es spreche daher *nichts dagegen, von den beantragten Sanktionen abzuweichen, wenn sich die Parteien vor Gericht damit einverstanden erklären. Es ist auch möglich, im Einverständnis mit den Parteien die Anklage sowie die rechtliche Würdigung der angeklagten Sachverhalte zu ändern*⁸⁵. Die Lehre teilt diese Auffassung,⁸⁶ Das Gericht soll mit anderen Worten die Befugnis haben, die Ankla-

80 R. Braun, Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren. «Plea bargaining» im Kanton Basel-Landschaft?, Diss. Basel 2002, Liestal 2003, 59.

81 Schmid (Fn. 3), N 1377.

82 Donatsch/Frei (Fn. 79), 74.

83 F. Bommer, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009 II, 5 ff., 14.

84 Jeanneret/Kuhn (Fn. 13), N 17078.

85 Botschaft StPO (Fn. 13), 1297.

86 BSK StPO-Greiner/Jaggi (Fn. 1), Art. 362 N 24; Jeanneret/Kuhn (Fn. 13), 17078; Jositsch/Bischoff (Fn. 78), 432; Riklin (Fn. 42), Art. 361 N 3; kritisch Donatsch/Frei (Fn. 79), 83; C. Schwarzenegger, in: ZKH StPO (Fn. 36), Art. 362 N 8.

geschrift im Schuld-, Bestrafungs- und Zivilpunkt abzuändern, sofern alle Parteien damit einverstanden sind. Auf den ersten Blick scheint es vernünftig, Gerichte nicht zur Ablehnung zu zwingen, wenn es der Anklageschrift mit geringen Modifikationen zustimmen könnte.⁸⁷ Auf der anderen Seite wird mit einer solchen Abänderungskompetenz faktisch die *Absprache vor Gericht* eingeführt.⁸⁸ Welche Probleme damit geschaffen wurden, ist nunmehr zu thematisieren.

2. Gestörte Balance

Das Resultat kann vorweggenommen werden: Absprachen vor Gericht sind ein Problem, weil es an gesetzlichen Schutzbestimmungen fehlt. Wie sogleich aufgezeigt wird, ist das abgekürzte Verfahren in der Schweiz auf Absprachen ausgerichtet. Bei der Gesetzeskonzeption wurde davon ausgegangen, dass diese Absprachen mit dem Staatsanwalt getroffen werden. Mit der gesetzlichen Regelung des abgekürzten Verfahrens wurde so ein fein austariertes Kontrollsystem für Absprachen zwischen dem Beschuldigten und dem Staatsanwalt geschaffen. Dieses System gerät aus der Balance, wenn diese Absprachen nicht länger nur mit dem Staatsanwalt, sondern darüber hinaus auch mit dem Gericht getroffen werden können.

Bei der Schaffung des abgekürzten Verfahrens ist der Gesetzgeber von allem Anfang davon ausgegangen, damit ein Abspracheverfahren zu schaffen.⁸⁹ Die Rede war auch von einem dem «Plea Bargaining» angenäherten Verfahren.⁹⁰ Bei näherem Hinsehen sind denn auch viele der Regelungen zum abgekürzten Verfahren nur oder zumindest besser zu verstehen, wenn man davon ausgeht, dass damit Absprachen in geregelte Bahnen gelenkt werden sollten. So muss der Beschuldigte verteidigt werden, wenn ein abgekürztes Verfahren durchgeführt wird (Art. 130 lit. e StPO). Insbesondere für Strafen bis zu einem Jahr ist diese Verteidigungsnotwendigkeit nur damit zu erklären, dass der Beschuldigte bei *Absprachen* zusätzliche Unterstützung benötigt. Auch die Regelung von Art. 359 Abs. 1 StPO, wonach der Staatsanwalt endgültig und ohne Begründung über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens entscheidet, ist nur vor dem Hintergrund einer Absprache nachvollziehbar: Bei unbefangener Betrachtung sollte doch – wie in Strafbefehlsverfahren – ein Anspruch auf Durchführung bestehen, wenn alle Voraussetzun-

87 F. Bommer, Kurzer Prozess mit dem abgekürzten Verfahren?, in: Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/Band 12, hrsg. von M. Heer, Bern 2010, 149 ff., 157; Lagler (Fn. 37), 3. Teil, II. Kapitel, 2.B.d.cc.

88 Thommen (Kurzer Prozess, Fn. 6), 203.

89 Botschaft StPO (Fn. 13), 1294 f.

90 Begleitbericht VE-StPO (Fn. 76), 27, 231 f.

gen für ein abgekürztes Verfahren (Antrag, Geständnis, Forderungsanerkennung, Strafhöhe) vorliegen. Dass der Staatsanwalt völlig frei über die Durchführung entscheiden kann, ist nur mit Blick auf die Absprachen sinnvoll: Wenn der Staatsanwalt nicht dealen will, soll er dies ohne Weiteres ablehnen können und sich dafür nicht erklären müssen. Das Gleiche gilt auch für die zehntägige Frist zur Zustimmung oder Ablehnung der Anklageschrift (Art. 360 Abs. 2 StPO). Damit sollte den Parteien Zeit eingeräumt werden, um die mit dem Staatsanwalt getroffene Vereinbarung zu überdenken. Die gerichtliche Absegnung der Anklageschrift dient nicht nur dazu, zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren vorliegen, dessen Durchführung mithin «rechtmässig» ist, sondern auch, ob die Absprache «angebracht» ist (Art. 361 Abs. 1 lit. a StPO). Schliesslich ist auch das Verbot von Art. 362 Abs. 4 StPO, *im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren* abgegebene Erklärungen später zu verwerten, eine Schutzbestimmung, die auf den Deal-Charakter des abgekürzten Verfahrens abzielt. Die Unverwertbarkeit ist dort notwendig, wo staatsanwaltschaftliche Beweisnot abspracheweise mit einem Geständnis überbrückt wurde. Weshalb ein unter erdrückender Beweislast und ohne Absprache abgegebenes Geständnis nur schon dann unverwertbar werden soll, wenn ein abgekürztes Verfahren scheitert, ist nicht zu erklären. Richtigerweise müsste die Bestimmung deshalb lauten: *im Hinblick auf eine Absprache abgegebene Erklärungen ... sind nicht verwertbar*.⁹¹

Es lässt sich somit festhalten, dass die geltende Regelung des abgekürzten Verfahrens darauf ausgelegt ist, Absprachen in kontrollierte Bahnen zu lenken. Dabei ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass diese Absprachen im Untersuchungsverfahren mit dem Staatsanwalt getroffen werden. Dies zeigt sich etwa am freien Entscheid des Staatsanwalts über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens, an der Bedenkfrist für die Parteien oder an der vorgeschriebenen gerichtlichen Genehmigung. Die so geschaffene Kontrollbalance wird gestört, wenn Absprachen vor Gericht zugelassen werden. Dies haben der Bundesrat und die Lehre übersehen.⁹² Im Gegensatz zur Schweiz hat Deutschland die «Verständigung» vor Gericht gesetzlich geregelt (§ 257c StPO/D) und mit der Protokollierungspflicht (§ 273 Abs. 1a StPO/D) sowie dem Verbot eines vorgängigen Rechtsmittelverzichts (§ 302 Abs. 1 Satz 2 StPO/D) Schutzmassnahmen eingeführt,⁹³ die hierzulande fehlen. Es stellt sich daher die Frage, mit welchen Mechanismen der Beschuldigte bei Absprachen vor Gericht geschützt werden kann.

91 Zum Ganzen *Thommen* (Kurzer Prozess, Fn. 6), 222 ff.

92 Vgl. oben Fn. 85 und 86.

93 Näher dazu *C. Roxin/B. Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Auflage, München 2014, § 44 N 59 ff.

3. Analoge Schutzmechanismen

Unsere These zum Rechtsschutz im abgekürzten Verfahren lautet, dass dem Beschuldigten bei Absprachen vor Gericht der gleiche Schutz zu gewähren ist wie bei Absprachen mit dem Staatsanwalt. Bei gerichtlichen Absprachen übernimmt das Gericht funktional die Rolle des Staatsanwalts. Als Verhandlungspartner steht dem Beschuldigten nunmehr das Gericht gegenüber. Ebenso wie bei Absprachen mit dem Staatsanwalt besteht auch bei gerichtlichen Absprachen ein Machtungleichgewicht zum Beschuldigten.⁹⁴ In ihren Konsequenzen für den Beschuldigten unterscheidet sich die Absprache vor Gericht nicht von der Absprache mit dem Staatsanwalt: Wie die Anklageschrift wird auch der Urteilsvorschlag den Hinweis enthalten, dass mit der Zustimmung zum Urteilsvorschlag auf ein ordentliches Verfahren sowie auf Rechtsmittel verzichtet wird (vgl. Art. 360 Abs. 1 lit. h StPO). Mit der Zustimmung erklärt sich der Beschuldigte aber nicht nur mit dem abgekürzten Verfahren und dem Schuldspruch einverstanden. Vielmehr verzichtet er darüber hinaus auf eine Reihe von Verfahrensrechten, insbesondere auf die Möglichkeit eines Freispruchs und damit faktisch auf die Unschuldsumutung.⁹⁵ Daher ist dem Beschuldigten bei gerichtlichen Absprachen der gleiche Schutz zu gewähren, wie er ihn bei staatsanwaltschaftlichen Absprachen genießt.

Allen Bemühungen, den Beschuldigten bei gerichtlichen Absprachen zu schützen, geht das Wahlrecht des Beschuldigten voran, den gerichtlichen Urteilsvorschlag anzunehmen oder abzulehnen. Zwar sind sich alle einig, dass der Beschuldigte den Urteilsvorschlag des Gerichts ablehnen kann, etwas anderes kann aus dem Erfordernis seines Einverständnisses nicht abgeleitet werden.⁹⁶ Allerdings darf diese Möglichkeit nicht zur Farce verkommen, indem die Ablehnung des Urteilsvorschlags keine gangbare Alternative für den Beschuldigten darstellt. Der Urteilsvorschlag widerspiegelt die materielle Einschätzung des Falles durch das Gericht. Für den Beschuldigten liegt die Krux darin, dass die gescheiterte Absprache trotz der damit verbundenen Voreingenommenheit des Gerichts⁹⁷ keinen zwingenden Ausstandsgrund für die beteiligten Richter setzt.⁹⁸ Der Beschuldigte, der den gerichtlichen Urteilsvorschlag ablehnt, riskiert mit anderen Worten, in dem auf die Rückweisung folgenden Verfahren nochmals vor das gleiche Gericht gestellt zu werden. Vor diesem Hintergrund wird der Beschuldigte seine Chancen als ge-

94 Zum Machtgefälle zwischen Staatsanwalt und Beschuldigten siehe *Donatsch/Frei* (Fn. 79), 75; *Jositsch/Bischoff* (Fn. 78), 435.

95 *Bommer* (ZSR, Fn. 83), 31; *Braun* (Fn. 80), 151 ff.; *Donatsch/Frei* (Fn. 79), 74 ff.

96 Zum Einverständnis vgl. die oben bei Fn. 85 zitierte Passage aus der Botschaft StPO (Fn. 13), 1297.

97 Näher dazu *Roxin/Schünemann* (Fn. 93), § 17 N 29.

98 Vgl. *Riklin* (Fn. 42), Art. 362 N 4; *Schmid* (Fn. 3), N 1386 Anm. 97.

ring einschätzen, im neuerlichen Verfahren einen günstigeren Verfahrensausgang zu erreichen. Der Mehraufwand an Zeit und Kosten, die erneute Exponierung sowie die mageren Erfolgsaussichten eines erneuten Verfahrens werden den Beschuldigten davon abhalten, den Urteilsvorschlag abzulehnen. Es ist deshalb mit einem Teil der Lehre⁹⁹ zu fordern, dass die personelle Zusammensetzung des Gerichts bei erneuter Beurteilung zwingend geändert wird. Eine erste Schutzmassnahme bei Absprachen vor Gericht muss also darin bestehen, dem Beschuldigten Bedingungen für eine freie Entscheidung zu schaffen. Frei gegen einen gerichtlichen Absprachevorschlag entscheiden kann er sich nur, wenn abgesichert ist, dass in einem erneuten Gerichtsverfahren ein unvoreingenommenes Gericht über ihn richten wird.

Nebst dem zwingenden Ausstand ist dem Beschuldigten als weitere Schutzmassnahme auch bei Absprachen vor Gericht eine Bedenkfrist für die Zustimmung einzuräumen. Er ist vor einer Überehrung durch das Gericht zu schützen. Dem Beschuldigten darf nicht zugemutet werden, sich vor den Schranken des Gerichts sofort zu entscheiden, ob er dem modifizierten Urteilsvorschlag zustimmt oder ihn ablehnt. Nach einer Absprache mit dem Staatsanwalt hat der Beschuldigte zehn Tage Zeit, sich für oder gegen die Anklageschrift zu entscheiden (Art. 360 Abs. 2 StPO). Mit dem Zustimmungserfordernis soll der konsensuale Kern des abgekürzten Verfahrens unterstrichen werden.¹⁰⁰ Die Frist soll eine druckfreie Willensbildung ermöglichen. Deshalb ist dem Beschuldigten bei Absprachen vor Gericht analog zu Art. 360 Abs. 2 StPO eine Bedenkzeit von zehn Tagen zu gewähren. Dies erlaubt es ihm, den Urteilsvorschlag ausserhalb des Gerichtssaals eingehend mit seinem Verteidiger¹⁰¹ zu besprechen und anschliessend die Entscheidung in Kenntnis ihrer Tragweite zu fällen.

Lehnt der Beschuldigte den Urteilsvorschlag explizit ab oder stimmt er ihm innert Frist nicht zu, weist das Gericht die Akten zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens zurück an den Staatsanwalt (vgl. Art. 360 Abs. 5 und Art. 362 Abs. 3 Satz 1 StPO). Die in dieser Sache befassten Richter haben im darauffolgenden ordentlichen Verfahren in den Ausstand zu treten. Ferner sind nach Art. 362 Abs. 4 StPO Erklärungen, die der Beschuldigte im Hinblick auf eine Absprache abgegeben hat, im anschliessenden ordentlichen Verfahren nicht verwertbar. Das Beweisverwertungsverbot macht sie nicht ungeschehen, aber immerhin sind sie rechtlich als ungeschehen zu behandeln.¹⁰²

99 *Braun* (Fn. 80), 88 f.; *Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens* (Fn. 11), 321; *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold* (Fn. 6), N 1086.

100 *Braun* (Fn. 80), 134.

101 Wie oben bereits erwähnt herrscht im abgekürzten Verfahren notwendige Verteidigung nach Art. 130 lit. e StPO.

102 *Bommer* (SWR, Fn. 87), 160.

Stimmt der Beschuldigte dem Urteilsvorschlag des erstinstanzlichen Gerichts nach zehntägiger Bedenkfrist dagegen zu, ergibt sich eine weitere Schutzlücke. Im Gegensatz zum Urteilsvorschlag des Staatsanwalts, der zwingend dem Gericht zur Kontrolle zu unterbreiten ist (Art. 360 Abs. 4 StPO),¹⁰³ unterliegt der vom erstinstanzlichen Gericht modifizierte Urteilsvorschlag keiner weiteren Kontrolle. Eine solche Kontrolle könnte *de lege ferenda* eingeführt werden, indem das Gericht den Urteilsvorschlag zur Genehmigung an eine obere Instanz übermittelt, welche mindestens die Rechtmässigkeit und Angebrachtheit der gerichtlichen Absprache zu prüfen hat. Unter geltendem Recht stellt sich die Frage, ob die Kontrolle über das Berufungsrecht gewährleistet werden könnte.

Mit der Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren kann eine Partei nur geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche nicht der Anklageschrift (Art. 362 Abs. 5 StPO). Der erste Berufungsgrund der fehlenden Zustimmung zur Anklageschrift ist bei Absprachen vor Gericht nicht einschlägig. Der Staatsanwalt übermittelt die Anklageschrift dem Gericht nur, wenn der Beschuldigte explizit zugestimmt hat (Art. 360 Abs. 4 StPO).¹⁰⁴ Fehlt diese Zustimmung, so hat das Gericht das abgekürzte Verfahren bereits deshalb für unrechtmässig zu erklären (Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO) und die Akten an den Staatsanwalt zurückzuweisen.¹⁰⁵ Hingegen ist der zweite Berufungsgrund der fehlenden Übereinstimmung von Anklageschrift und Urteil seinem Wortlaut nach immer erfüllt: Ausgangspunkt einer Absprache vor Gericht ist, dass das Gericht die Anklageschrift, so wie sie vorliegt, nicht zum Urteil erheben will. Der Urteilsvorschlag wird entsprechend modifiziert und den Parteien zur Zustimmung unterbreitet. Die Folge davon ist, dass das Urteil nicht länger der Anklageschrift entspricht. Mit Berufung könnte der Beschuldigte also die Überprüfung der Absprache durch eine höhere Instanz anstreben. Das Problem liegt allerdings darin, dass der Beschuldigte dem gerichtlichen Urteilsvorschlag zuvor zugestimmt hat; insofern erscheint es als «*venire contra factum proprium*», wenn er im Berufungsverfahren geltend macht, dieser entspreche nicht der Anklageschrift.¹⁰⁶ *De lege lata* könnte über das Berufungsrecht somit zwar eine (ober)gerichtliche Kontrolle herbeigeführt werden, doch passen die geltenden Berufungsgründe nicht auf die hier interessierende Überprüfung gerichtlicher Absprachen.

103 Braun (Fn. 80), 148 f.; vgl. auch Donatsch/Frei (Fn. 79), 77; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens (Fn. 11), 319.

104 Vgl. oben Fn. 83.

105 Bommer (ZSR, Fn. 83), 18 f.; a. M. Jositsch/Bischoff (Fn. 78), 432; s. a. BSK StPO-Greiner/Jaggi (Fn. 1), Art. 362 N 25.

106 Thommen (Kurzer Prozess, Fn. 6), 211.

IV. Zusammenfassung

Ziel des vorliegenden Beitrags war es, anhand von vier Thesen Möglichkeiten aufzuzeigen, wie der Rechtsschutz in Kurzverfahren verbessert werden kann. Mit der ersten These wurde gezeigt, dass die Einsprache gegen Strafbefehle vom blossen Rechtsbehelf zum vollwertigen Rechtsmittel aufzuwerten ist, mit der Konsequenz, dass auch die allgemeinen Rechtsmittelbestimmungen auf die Einsprache anzuwenden sind. Zu diesen Rechtsmittelbestimmungen ist insbesondere das Schlechterstellungsverbot zu zählen. Deshalb ist der Staatsanwalt nach der zweiten These im Verfahren der Strafbefehlseinsprache an das Reformatio-in-peius-Verbot gebunden. Angesichts des Umstands, dass bereits heute rund 98% aller Strafbefehle zu Urteilen erwachsen, sollten Beschuldigte nicht noch zusätzlich dadurch von der Einsprache abgehalten werden, dass ihnen bei der Neubeurteilung durch den Staatsanwalt eine Schlechterstellung droht. *De lege ferenda* ist das Einspracheverfahren grundsätzlich zu überdenken: Heute gehen die Strafbefehle nach erfolgter Einsprache immer zuerst zurück zum Staatsanwalt. Weil er den Strafbefehl stets in Wiedererwägung ziehen kann, droht ihm keine gerichtliche Schelte. Dies führt dazu, dass Staatsanwälte im Zweifel einen Strafbefehl erlassen und zuwarten können, ob sich der von seiner Unschuld überzeugte Beschuldigte gegen diesen «Urteilsvorschlag» zur Wehr setzt. Um den Staatsanwalt beim erstmaligen Erlass des Strafbefehls zu sorgfältiger Untersuchung zu motivieren, ist dem Beschuldigten deshalb nach unserer dritten These ein Recht auf direkte Anrufung des Gerichts einzuräumen. Die vierte These schliesslich betrifft das abgekürzte Verfahren: Bei Absprachen vor Gericht ist dem Beschuldigten das gleiche Schutzniveau zu gewähren wie bei Absprachen mit dem Staatsanwalt. Dazu braucht es zwingende Ausstandsvorschriften, eine Bedenkzeit von zehn Tagen für die Zustimmung zum Urteilsvorschlag sowie die Überprüfung der Absprache durch eine höhere Instanz.