

Daniel Kettiger

Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung

Die neue Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) ist seit rund einem Jahr in Kraft. Ob sie sich in der Praxis bewährt, kann in zahlreichen Bereichen wegen der erst kurzen Erfahrungszeit wohl noch kaum abgeschätzt werden. Demgegenüber können strukturelle Mängel der neuen Gesetzgebung auf der Grundlage von theoretischen Analysen und von Fallbeispielen aufgezeigt werden. So zeigten sich an den Schnittstellen zu anderen Verfahren und Rechtsgebieten bereits bei der Umsetzung in den Kantonen und in ersten Anwendungsfällen strukturelle und gesetzessystematische Schwächen. Der Beitrag befasst sich mit solchen Schnittstellenfragen und zeigt Optimierungsmöglichkeiten auf.

Rechtsgebiet(e): Strafprozessrecht; Zivilprozessrecht; Grundrechte; Verteidigungsrechte; Polizei- und Ordnungsrecht; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Daniel Kettiger, Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Jusletter 13. Februar 2012

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Schnittstellen im Bereich von Strafverfolgung und Polizeiarbeit
 - 2.1 Allgemeine Abgrenzung von gerichtspolizeilichen und sicherheitspolizeilichen Aktivitäten
 - 2.1.1 Unklare Abgrenzung zwischen gerichtspolizeilichen und sicherheitspolizeilichen Aktivitäten
 - 2.1.2 Rechtliche Folgen für die betroffene Person
 - 2.1.3 Lösungsansatz in der Praxis
 - 2.1.4 Das Zwangsanklagengesetz (ZAG) als Abgrenzungsproblem
 - 2.1.5 Lösungsansatz de lege ferenda
 - 2.2 Anordnung von Blutproben
 - 2.3 Ordnungsbussenverfahren
 - 2.3.1 Bürokratisierung des Verfahrens
 - 2.3.2 Unklarer Gehalt von Art. 11 Abs. 2 OBG
 - 2.4 Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr
 - 2.5 Mitteilung der Polizei an Opferberatungsstellen
3. Schnittstellen zum Zivilprozessrecht
 - 3.1 Adhäsionsklagen bei Erledigung der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft
 - 3.1.1 Rechtshängigkeit von Adhäsionsklagen bei der Anfechtung von Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen
 - 3.1.2 Nichtberücksichtigung der staatsanwaltlichen Vergleichsverhandlungen
 - 3.1.3 Wiederaufnahme nach dem Zivilprozess
 - 3.2 Verwendung von Strafakten im Zivilprozess?
 - 3.3 Opferschutz im Zivilprozess
 - 3.3.1 Fehlender Opferschutz im nachgelagerten Zivilprozess
 - 3.3.2 Krisenintervention nach Art. 28b ZGB
4. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Plädoyer für eine aktive Rolle des Bundesgesetzgebers

1. Einleitung

[Rz 1] Seit dem 1. Januar 2011 regelt die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)¹ die Strafverfolgung für die gesamte Schweiz in einheitlicher Weise. Knapp ein Jahr nach Inkrafttreten der neuen Strafprozessgesetzgebung und der damit verbundenen neuen Gesetzgebung über die Strafbehördenorganisation des Bundes und der Kantone wird verschiedentlich versucht, eine erste Bilanz zu ziehen. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht oder nur beschränkt möglich. Erstens arbeiteten die Strafbehörden im Jahr 2011 in zahlreichen Fällen gestützt auf das Übergangsrecht (insb. Art. 450, 453, 454 und 455 StPO) noch auf der Grundlage des alten kantonalen Strafprozessrechts. Zweitens zeigen sich die Auswirkungen von Gesetzen nach den Erkenntnissen der Evaluationswissenschaften erst mittel- und langfristig, so dass eine seriöse Gesetzesevaluation erst nach rund fünf Jahren seit dem Inkrafttreten des Rechtserrlasses möglich ist.² Viel mehr als Stimmungsbilder³ oder persönliche Meinungsäusserungen⁴ sind somit zum heutigen

Zeitpunkt zur Frage, ob sich die StPO in der Praxis bewähre, nicht möglich.

[Rz 2] Möglich ist demgegenüber das Aufzeigen struktureller Mängel der neuen Gesetzgebung – insbesondere von Schnittstellenproblemen – auf der Grundlage von theoretischen Analysen und von Fallbeispielen. In diesem Sinne befasst sich der vorliegende Beitrag mit den Schnittstellen der StPO zu anderen Gesetzen bzw. mit den Schnittstellen der Strafverfolgung zu anderen Verfahren und anderem staatlichen Handeln. Damit wird ein weitgehend neues Betrachtungsfeld eröffnet, denn diesen Schnittstellenfragen wurde bis heute – leider auch im Vorverfahren der Gesetzgebung zur StPO – kaum Beachtung geschenkt. Die Liste der dargestellten Schnittstellenprobleme ist exemplarisch und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die Analyse *beschränkt sich auf Schnittstellen zur Polizeiarbeit und auf Schnittstellen zum Zivilprozess*. Es bestehen auch zahlreiche problematische Schnittstellen zu den Verwaltungsverfahren des Bundes und der Kantone. Eine entsprechende Analyse würde den Rahmen dieser Publikation sprengen, dies nicht zuletzt wegen der föderalistischen Ausgestaltung des materiellen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsverfahrensrechts.

[Rz 3] Auch eine nachträgliche Beurteilung eines Gesetzeswerks kann Rückschaufehlern⁵ unterliegen; die Schaffung einer einheitlichen Strafprozessordnung für die föderalistisch geprägte Schweiz ist ein ausserordentlich anspruchsvolles Vorhaben und sämtliche möglichen Auswirkungen an der Peripherie der Strafverfolgung könnten wohl nur durch Simulationen erkannt werden, die das Ausmass vernünftiger prospektiver Gesetzesbewertungen bei weitem übersteigen würden. Es geht nachfolgend somit nicht um eine Kritik an den Gesetzgebungsarbeiten, sondern um die Optimierung und Weiterentwicklung des Verfahrensrechts.

2. Schnittstellen im Bereich von Strafverfolgung und Polizeiarbeit

2.1 Allgemeine Abgrenzung von gerichtspolizeilichen und sicherheitspolizeilichen Aktivitäten

2.1.1 Unklare Abgrenzung zwischen gerichtspolizeilichen und sicherheitspolizeilichen Aktivitäten

[Rz 4] Beim Handeln der Polizei (d.h. von Polizeiorganen oder von anderen Personen mit Polizeibefugnissen) kann gemeinhin zwischen der *gerichtspolizeilichen* und der

¹ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO), SR 312.0.

² Vgl. DANIEL KETTIGER, Gesetzescontrolling, Bern 2000, S. 46, mit Hinweisen.

³ Vgl. etwa CORINNA HAURI, «Anwälte tragen Last der Rechtsstaatlichkeit», plädoyer 6711, S. 12 ff.

⁴ Vgl. etwa ANDREAS BRUNNER, Strafverfolgung und Strafjustiz – quo vaditis?,

forumpoenale 6/2011, S. 351 ff.

⁵ Vgl. dazu MARK SCHWEIZER, Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste, Justice - Justiz - Giustizia, 2008/1; VITO ROBERTO/KRISTOFFEL GRECHNING, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltpflichtverletzungen, ZSR 2011/I, S. 5 ff.

sicherheitspolizeilichen Tätigkeit unterschieden werden.⁶ Teilweise wird in dem nicht den gerichtspolizeilichen Tätigkeiten zuzurechnenden Bereich auch zwischen Tätigkeiten der Sicherheitspolizei und der Verkehrspolizei unterschieden.⁷ Aus Sicht der neuen Strafprozessgesetzgebung wäre es vermutlich sinnvoll, künftig zwischen gerichtspolizeilichen Tätigkeiten einerseits und den «weiteren polizeilichen Aufgaben»⁸ andererseits zu unterscheiden.

[Rz 5] Die *gerichtspolizeiliche Tätigkeit*⁹ «umfasst die Massnahmen zur Verfolgung von Straftaten sowie vorsorgliche Massnahmen für eine zweckmässige Strafverfolgung»¹⁰. Dazu gehören alle Tätigkeiten, die der Ermittlung und Fahndung zum Zweck der Strafverfolgung dienen. Aufgabe der Polizei im Ermittlungsverfahren ist es in erster Linie, den für die Verfolgung einer Straftat massgeblichen Sachverhalt festzustellen (Art. 306 Abs. 1 StPO). Die Polizei hat dabei namentlich Spuren und Beweise sicherzustellen und auszuwerten, geschädigte und tatverdächtige Personen zu ermitteln und zu befragen sowie tatverdächtige Personen allenfalls anzuhalten, festzunehmen oder nach ihnen zu fahnden (Art. 306 Abs. 2 StPO). Unter gerichtspolizeilicher Tätigkeit im Sinne der StPO ist jede staatliche Tätigkeit zu verstehen, die sich damit befasst, in den ersten Phasen eines Strafverfahrens begangene Straftaten zu ermitteln und der Untersuchungsbehörde (i.d.R. der Staatsanwaltschaft) zur weiteren Verfolgung zu melden.¹¹ In der Lehre wird deshalb zu Recht die Auffassung vertreten, auch die Tätigkeit der Verkehrs- und Sicherheitspolizei stelle gerichtspolizeiliches Handeln dar, sobald es um die Ermittlung von Straftaten geht. Diese gerichtspolizeilichen Tätigkeiten nimmt die Polizei aus eigenem Antrieb, auf Anzeige hin oder im Auftrag der Staatsanwaltschaft wahr (Art. 15 Abs. 2 StPO). Die Polizei ist nach der neuen Strafprozessgesetzgebung eine eigenständige Strafverfolgungsbehörde (Art. 12 Bst. a StPO), welche in eigener Kompetenz handelt¹². Sie untersteht dabei hinsichtlich aller der Strafverfolgung dienenden Handlungen der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft (Art. 15 Abs. 2 StPO).¹³ Polizei im Sinne von Art. 15 StPO sind nicht nur Angehörige von kriminalpolizeilichen Dienststellen, sondern alle Angehörigen von Polizeibehörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden (Art. 15 Abs. 1 StPO) sowie Dritte

mit polizeilichen Befugnissen, die irgendwelche Tätigkeiten im Bereich der Strafermittlung ausüben.¹⁴ *Auf sämtliche gerichtspolizeilichen Tätigkeiten findet ausschliesslich die StPO Anwendung*¹⁵, dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Bst. a StPO, aus Art. 15 Abs. 1 StPO sowie aus Art. 306 Abs. 3 StPO.

[Rz 6] Die *sicherheitspolizeiliche* Tätigkeit lässt sich weniger genau umschreiben als die gerichtspolizeiliche. Gemeinsam ist allen sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten, dass sie primär der *Gefahrenabwehr* dienen.¹⁶ Es geht um Massnahmen, «um konkrete Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie für die Umwelt abzuwehren und eingetretene Störungen zu beseitigen»¹⁷. Sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten werden von Angehörigen der Polizeiorgane der Kantone und Gemeinden nach Massgabe des kantonalen Polizeirechts sowie von Polizeiorganen des Bundes nach Massgabe der Polizeigesetzgebung des Bundes, insbesondere nach den Vorschriften des Zwangsanwendungsgesetzes (ZAG)¹⁸, ausgeübt. Diese Sicherheitspolizeiliche Gesetzgebung sieht teilweise ähnliche Zwangsmassnahmen vor wie die StPO, beispielsweise die Anhaltung (Art. 27 PolG-BE), die erkennungsdienstlichen Massnahmen (Art. 28 PolG-BE), vorläufige Festnahmen (Art. 6 Bst. a i.V.m. Art. 19 ZAG, Art. 32 PolG-BE), die Durchsuchung von Personen (Art. 6 Bst. b ZAG; Art. 36 PolG-BE) und die Durchsuchung von Räumlichkeiten (Art. 6 Bst. c ZAG; Art. 39 PolG-BE).

[Rz 7] Klare Kriterien für eine Trennung von gerichtspolizeilichen und sicherheitspolizeilichen Aufgaben fehlen heute in der schweizerischen Rechtstheorie.¹⁹ Massnahmen der Strafverfolgung können gleichzeitig auch der Gefahrenabwehr dienen und umgekehrt.²⁰ Da eine Trennung von gerichtspolizeilichen und sicherheitspolizeilichen Aufgaben organisatorisch kaum möglich ist, handelt jede Person mit Polizeibefugnissen je nach der konkreten Situation in der Regel sowohl gerichtspolizeilich wie sicherheitspolizeilich.²¹ Damit stellt sich beim polizeilichen Handeln in diesem Grenzbereich zwangsläufig die Frage, welches Recht Anwendung findet, das Strafprozessrecht (insbesondere die StPO) oder (Sicherheits-)Polizeirecht des Bundes bzw. der Kantone. Das Bundesrecht gibt auf diese Frage keine klare Antwort. In der Praxis kann dies zu negativen und positiven

⁶ Vgl. GIANFRANCO ALBERTINI, in: Gianfranco Albertini/Bruno Fehr/Beat Voser (Hrsg.), *Polizeiliche Ermittlung*, VSKC-Handbuch, Basel 2008, S. 11 ff.

⁷ Vgl. NIKLAUS SCHMID, *Praxiskommentar StPO*, Art. 306, Rz. 3; BEAT RHYNER, *BSK StPO*, Art. 306, Rz. 5; siehe auch Art. 2–4 des Polizeigesetzes vom 18. Juni 1997 des Kantons Bern (PolG-BE), BSG 551.1.

⁸ RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 5.

⁹ Der Begriff ist jenem der «kriminalpolizeilichen Tätigkeit» vorzuziehen, vgl. HANSPETER USTER, *BSK StPO*, Art. 15, Rz. 1.

¹⁰ Art. 2 PolG-BE.

¹¹ Vgl. SCHMID (Fn. 7) Art. 15, Rz. 3.

¹² Vgl. ALBERTINI (Fn. 6), S. 12; RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 4; SCHMID (Fn. 7) Art. 306, Rz. 2.

¹³ Vgl. auch RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 7.

¹⁴ Vgl. RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 3.

¹⁵ Vgl. RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 5.

¹⁶ Vgl. USTER (Fn. 9), Art. 15, Rz. 2.

¹⁷ Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. a PolG-BE.

¹⁸ Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG), SR 364.

¹⁹ Anderer, aber unbegründeter Auffassung RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 6.

²⁰ Vgl. RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 6.

²¹ In diesem Sinne auch USTER (Fn. 9), Art. 15, Rz. 4, vgl. auch die Beispiele bei RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 4 und USTER (Fn. 9), Art. 15, Rz. 2.

Kompetenzkonflikten führen²², die Lehre geht teilweise auch davon aus, dass rechtlich parallele Zuständigkeiten von Strafverfolgungsbehörden und Sicherheitspolizei bestehen können.²³

2.1.2 Rechtliche Folgen für die betroffene Person

[Rz 8] Die Frage, ob die Polizei in gerichtspolizeilicher oder in anderer polizeilicher Funktion vorgeht und damit die Frage, ob auf das polizeiliche Handeln die StPO oder Polizeirecht Anwendung findet, hat erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Person, insbesondere in den folgenden Bereichen:

- a. *Information über die Rechtsstellung:* Personen, die im Rahmen von Aktivitäten der Strafverfolgung einvernommen, d.h. förmlich von den Strafverfolgungsbehörden befragt werden, müssen zu Beginn der Befragung über den Anlass der Befragung sowie die Eigenschaft, in welcher man sie befragt, informiert und umfassend auf ihre Rechte und Pflichten hingewiesen werden (Art. 143 Abs. 1 Bst. b und c StPO). Dies gilt gleichermassen für die erste Einvernahme von beschuldigten Personen (Art. 158 StPO) wie für Auskunftspersonen (Art. 181 StPO). Die Informationspflicht besteht auch bei Kurzbefragungen im Rahmen von Anhaltungen gemäss Art. 215 Abs. 1 Bst. b StPO.²⁴ Eine Aufklärung über die Rechte und Pflichten muss auch bei einer vorläufigen Festnahme erfolgen (Art. 219 Abs. 1 StPO). Demgegenüber fehlt bei einer sicherheitspolizeilichen Befragung oder Festnahme oft ein derart umfassendes Recht der betroffenen Person auf Information über ihre Rechtsstellung, da die Polizeigesetzgebung teilweise keine entsprechenden Vorschriften enthält.²⁵ Art. 19 Abs. 1 Bst. a ZAG schreibt beispielsweise nur vor, dass die Person über den Grund ihrer Festnahme zu informieren ist (nicht aber über ihre Rechte und Pflichten).
- b. *Benachrichtigung bei Festnahmen:* Wird eine Person im Rahmen der Strafverfolgung vorläufig festgenommen, so benachrichtigt die Strafverfolgungsbehörde (Polizei, Staatsanwaltschaft) umgehend von Amtes wegen deren Angehörige sowie auf Wunsch hin die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber und bei ausländischen Staatsangehörigen die zuständige ausländische Vertretung (Art. 214 Abs. 1 StPO). Bei sicherheitspolizeilich motivierten vorläufigen Festnahmen (in der Polizeigesetzgebung trotz

gleicher Eingriffsintensität meist anders bezeichnet²⁶) bestehen oft keine solchen umfassenden Benachrichtigungsrechte.²⁷ So sieht das ZAG überhaupt keine Benachrichtigung vor, weder von Angehörigen noch von Vertretungen bei ausländischen Staatsangehörigen (Art. 19 ZAG). Nach den Polizeigesetzen erfolgt eine Benachrichtigung zudem auch nicht von Amtes wegen durch die Polizei. Es ist somit bei sicherheitspolizeilichen Festnahmen je nach anzuwendender Polizeigesetzgebung möglich, dass eine Person bis zu 24 Stunden festgehalten wird, ohne dass ihre Angehörigen darüber informiert werden.

- c. *Rechtsschutz:* Alle polizeilichen Handlungen im Rahmen der Strafverfolgung unterliegen der Beschwerde (Art. 393 ff. StPO) und damit einem umfassenden Rechtsschutz, der auch Realakte umfasst.²⁸ Bei sicherheitspolizeilich motiviertem Polizeihandeln ist in der Regel kein derart umfassender Rechtsschutz gewährleistet. So kennen die Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen oft kein Rechtsmittel gegen Realakte.
- d. *Beizug einer Anwältin oder eines Anwalts:* Bei polizeilichen Einvernahmen im Rahmen der Strafverfolgung hat die beschuldigte Person das Recht, eine Verteidigerin bzw. einen Verteidiger ihrer Wahl (meist eine Anwältin oder einen Anwalt) beizuziehen (Art. 159 Abs. 1 StPO). Dies gilt auch für erste Befragungen im Rahmen einer polizeilichen Anhaltung.²⁹ Das Recht auf Beizug einer Anwältin oder eines Anwalts erster Stunde besteht auch bei vorläufigen Festnahmen, da diese von Gesetzes wegen mit einer ersten Einvernahme verbunden sind (Art. 219 Abs. 2 StPO). Demgegenüber besteht bei rein sicherheitspolizeilich motivierten vorläufigen Festnahmen kein Anspruch auf Beizug einer Anwältin oder eines Anwalts.
- e. *Aktenzustellung an die Anwältin bzw. den Anwalt:* Rechtsbeistände von Parteien des Strafverfahrens (insbesondere Anwältinnen und Anwälte) haben einen Anspruch auf Zustellung der Akten an ihr Geschäftsmotizil.³⁰ Dies erleichtert die Akteneinsicht durch die betroffene Person sowie das zeitgerechte aktive

²² Vgl. RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 7.

²³ Vgl. RHYNER (Fn. 7), Art. 306, Rz. 7; zur Widerlegung dieser These vgl. nachfolgend Ziffer 2.1.3.

²⁴ Vgl. GIANFRANCO ALBERTINI/THOMAS AMBRUSTER, BSK StPO, Art. 215, Rz. 12.

²⁵ Einige kantonale Polizeigesetze enthalten aber derartige Informationspflichten, vgl. z.B. § 13 des Polizeigesetzes vom 30. November 2006 des Kantons Zug (PolG-ZG), BGS 512.1.

²⁶ Z.B. «kurzfristiges Festhalten» (Art. 6 Bst. a und Art. 19 ZAG; bis 24 Stunden); «polizeilicher Gewahrsam» (Art. 32 ff. PolG-BE; bis 24 Stunden); «polizeilicher Gewahrsam» (§ 12 ff. PolG-ZG; bis 24 Stunden).

²⁷ Die aargauische Gesetzgebung kennt beispielsweise überhaupt kein Benachrichtigungsrecht, vgl. § 31 des Gesetzes über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz, PolG) vom 6. Dezember 2005, SAR 531.200.

²⁸ Vgl. SCHMID (Fn. 7), Art. 393, Rz. 2.

²⁹ Vgl. ALBERTINI/AMBRUSTER (Fn. 24), Art. 215, Rz. 12.

³⁰ Ausführlich dazu DANIEL KETTIGER, Akteneinsicht und Auskunftsrecht von Anwältinnen und Anwälten unter der neuen StPO, Anwaltsrevue 6-7/2011, S. 257 ff.

Handeln der Rechtsbeistände erheblich. In dem für das sicherheitspolizeiliche Handeln massgeblichen Verfahrensrecht besteht kein derartiger Anspruch auf Zustellung der Akten.³¹

- f. *Dokumentationspflicht der Polizei*: Soweit die Polizei im Bereich der Strafverfolgung tätig ist, bestehen klar geregelte Aufzeichnungs- und Aktenführungspflichten. Diese ergeben sich bereits aus den allgemeinen Dokumentationsgrundsätzen (Art. 76–78 StPO). Zudem legt Art. 307 Abs. 3 StPO fest, dass die Polizei ihre Feststellungen und die von ihr getroffenen Massnahmen laufend in schriftlichen Berichten (Rapporten) festhalten und diese nach Abschluss der Ermittlungen zusammen mit den Anzeigen, Protokollen und weiteren Unterlagen an die Staatsanwaltschaft übermitteln muss. Ausnahmen davon sind nur in sehr beschränktem Ausmass zulässig (Art. 307 Abs. 4 StPO). Wenn formalisierte Ermittlungshandlungen oder Zwangsmassnahmen durchgeführt wurden, muss immer eine Berichterstattung an die Staatsanwaltschaft stattfinden (e contrario Art. 307 Abs. 4 StPO). Deshalb muss eine Anhaltung zum Zweck der Strafverfolgung in jedem Fall in genügender Weise dokumentiert werden.³² Im Bereich der Sicherheitspolizei ist die Dokumentation des polizeilichen Handelns nicht derart umfassend gewährleistet.

[Rz 9] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rechtsstellung der betroffenen Person (insbesondere der beschuldigten Person) gegenüber der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung (d.h. nach den Regeln der StPO) immer vorteilhafter ist als im Rahmen von sicherheitspolizeilichen Massnahmen. Es ist mithin eine Tatsache, dass in der Schweiz ein gemeingefährlicher, bewaffneter Serienkiller im polizeilichen Ermittlungsverfahren vor willkürlichem Handeln der Polizei besser geschützt ist als ein politischer Aktivist, der während eines Strassenmusikfestivals an einer der Polizei nicht genehmen Stelle Unterschriften für eine Volksinitiative sammelt und nach der Weigerung, seine (notabene legale) Unterschriftensammlung abzubrechen, in polizeilichen Gewahrsam genommen wird.³³

2.1.3 Lösungsansatz in der Praxis

[Rz 10] Art. 123 Abs. 1 BV³⁴ räumt dem Bund hinsichtlich der Strafprozessgesetzgebung eine umfassende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung ein.³⁵ Soweit mithin der Bundesgesetzgeber strafprozessrechtliche Vorschriften erlassen oder ausdrücklich auf deren Erlass verzichtet hat (qualifiziertes Schweigen), sind die Kantone nicht mehr befugt, solche Regelungen zu erlassen. Die StPO stellt eine umfassende und grundsätzlich abschliessende Kodifikation dar. Teilbereiche, in denen die Kantone eigene Regelungen erlassen müssen oder (optional) können, müssen im Bundesrecht ausdrücklich erwähnt werden.³⁶ Der Bundesgesetzgeber hat unzweifelhaft festgehalten, dass *alles Polizeihandeln, das der Strafverfolgung dient, in den Geltungsbereich der StPO fällt* (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Bst. a StPO, Art. 15 Abs. 1 StPO sowie Art. 306 Abs. 3 StPO).³⁷ Das polizeiliche Ermittlungsverfahren (und damit das Vorverfahren) gilt ab dem (frühen) Zeitpunkt von Gesetzes wegen als eröffnet, in dem sich die Polizei von sich aus oder auf Anzeige (Art. 301 und Art. 306 Abs. 1 StPO) hin mit der Verfolgung einer Straftat zu befassen beginnt³⁸ und insbesondere erste Handlungen zur Abklärung des Sachverhalts trifft (Art. 306 Abs. 1 StPO). Die Kantone sind nicht befugt, diesbezüglich abweichende oder präzisierende Rechtsnormen zu erlassen; entsprechende kantonale Rechtsnormen sind somit unbeachtlich. Einzig der Bundesgesetzgeber könnte abweichende Regelungen vorsehen (Art. 1 Abs. 2 StPO).³⁹ Mithin ist klar, dass sämtliches polizeiliche Handeln, das ausschliesslich im Rahmen der Strafverfolgung erfolgt, sowie sämtliche sicherheitspolizeilichen Aktivitäten, welche gleichzeitig (inhärent) auch strafrechtliche Zwecke verfolgen bzw. strafrechtlichen Zwecken dienen, nach den Regeln der StPO erfolgen müssen. Entgegen der in der Lehre vertretenen Auffassung⁴⁰ kann im Fall, dass polizeiliches Handeln gleichzeitig der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr dient, im Einzelfall keine Abwägung stattfinden, ob dieses Handeln den Regeln des Strafprozessrechts oder den Regeln des (Sicherheits-)Polizeirechts untersteht; es kann nur eine Abwägung dahingehend stattfinden, ob strafprozessrechtlichen Massnahmen allenfalls zum Schutz von Rechtsgütern in der Abfolge des polizeilichen Handelns keine Priorität eingeräumt wird bzw. ob die Abfolge der strafprozessrechtlichen Massnahmen allenfalls geändert wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ermöglicht im Übrigen

³¹ In einigen Kantonen ist die Zustellung von Akten an Anwältinnen und Anwälte allerdings auch im Verwaltungsbeschwerdeverfahren üblich.

³² Vgl. ALBERTINI/ARMBRUSTER (Fn. 24), Art. 215, Rz. 23.

³³ Anlässlich des Buskers-Festivals Mitte August 2011 in Bern, welches im offenen Strassenraum (also nicht auf besonders abgesperrten Plätzen) stattfand, wurde ein Aktivist der GSOA, der Unterschriften für eine Initiative sammelte, von der Polizei angehalten und nach seiner Weigerung, die Unterschriftensammlung zu stoppen, aus sicherheitspolizeilichen Gründen in Polizeigewahrsam genommen und anschliessend mit einer Wegweisungsverfügung belegt (vgl. ausführliche Berichterstattung in den BZ-Medien vom 14.–16. August 2011).

³⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

³⁵ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 123, Rz. 2.

³⁶ Vgl. SCHMID (Fn. 7), Art. 1, Rz. 5; PETER STRAUB/THOMAS WELTERT, BSK StPO, Art. 1, Rz. 1.

³⁷ In diesem Sinne auch USTER (Fn. 9), Art. 15, Rz. 1.

³⁸ Vgl. SCHMID (Fn. 7), Art. 1, Rz. 1.

³⁹ Vgl. dazu auch nachfolgend Rz. 14.

⁴⁰ Vgl. RHYNER (Fn. 7), Art. 300, Rz. 7.

der Katalog der im 5. Titel der StPO vorgesehenen Zwangsmassnahmen jede Form von polizeilicher Gefahrenabwehr hinreichend.

[Rz 11] Werden im Rahmen der sogenannten Vorermittlung oder des sicherheitspolizeilichen Handelns Beweise nicht in Übereinstimmung mit den Vorschriften der StPO erhoben, so sind diese Beweise sowie weitere Beweise, die nur auf der Grundlage dieser Beweise erhoben werden können (Art. 141 Abs. 4 StPO), im Strafverfahren nicht verwertbar, wenn Gültigkeitsvorschriften verletzt werden (Art. 141 Abs. 12 StPO). Dies betrifft insbesondere Aussagen von betroffenen Personen, welche von der Polizei festgehalten werden, ohne dass die Person zuvor auf ihre Rechte und Pflichten hingewiesen wurde (Art. 158 Abs. 2 und Art. 180 Abs. 1 StPO). Es liegt somit im Interesse der Durchsetzung der Strafverfolgung, die Schwelle, ab welcher polizeiliches Handeln nach den Grundsätzen der StPO durchzuführen ist, weit unten anzusetzen. Im Zweifelsfalle hat polizeiliches Handeln – insbesondere polizeilicher Zwang – nach den Vorschriften der StPO zu erfolgen.

[Rz 12] Nachfolgend seien einige häufige polizeiliche Aktivitäten im Grenzbereich zwischen Gerichts- und Sicherheitspolizei genauer betrachtet:

a. *Untersuchung von Personen hinsichtlich des Mitführens von verbotenen Gegenständen:* Die Polizei kontrolliert Personen und Fahrzeuge meist aus sicherheitspolizeilichen Gründen hinsichtlich des Mitführens von verbotenen Gegenständen. Es geht darum, zu verhindern, dass solche Gegenstände an Orte mitgeführt werden, wo sie ein Sicherheitsrisiko darstellen könnten, z.B. bei Volksversammlungen (Landsgemeinden, Gemeindeversammlungen), in Parlaments- oder Gerichtsgebäuden, in Sportstadien, bei Konzertveranstaltungen oder bei politischen Demonstrationen auf abgesperrten Plätzen. Das Mitführen verbotener Gegenstände stellt in der Regel gleichzeitig eine Straftat dar. Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid bezüglich des Mitführens verbotener pyrotechnischer Bengalfackeln festgehalten, dass bei Gegenständen, bei denen nur die Verwendung, nicht aber das blosses Mitführen strafbar ist, eine strafrechtlich relevante versuchte Verwendung zu einem frühen Zeitpunkt vorliegen kann.⁴¹ Deshalb ist jede Untersuchung hinsichtlich des Mitführens von verbotenen Gegenständen gleichzeitig immer auch gerichtspolizeilich motiviert und untersteht immer auch der StPO. Zudem stellt sich die Frage, ob in bestimmten Konstellationen solche systematischen Untersuchungen nicht ohnehin unter Art. 215 Abs. 4 StPO fallen.

b. *Anhaltung:* Es sind Fälle denkbar, in welchen

Anhaltungen rein zu sicherheitspolizeilichen Zwecken erfolgen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Anhaltung ausschliesslich dazu dient, sicherzustellen, dass sich in einem bestimmten Perimeter keine Personen aufhalten, die mit einer (sicherheits-)polizeilichen Wegweisung (Rayonverbot) belegt sind (sobald die Wegweisungsverfügungen strafbewehrt sind, fällt aber die rein sicherheitspolizeiliche Motivation dahin). Die Anhaltung ist grundsätzlich aber eine polizeiliche Fahndungsmassnahme, welche ihre Grundlage gleichzeitig in der StPO und in der Polizeigesetzgebung hat.⁴² Sie dient üblicherweise der Abklärung, ob eine sich verdächtig benehmende Person eine Straftat begangen hat (Art. 215 Abs. 1 Bst. c StPO) oder ob nach ihr bzw. von ihr mitgeführten Gegenständen gefahndet wird (Art. 215 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 210 StPO). Zu den möglicherweise begangenen Straftaten gehören auch solche des kantonalen Strafrechts, die dem Schutz von Ruhe und Ordnung dienen (und damit eigentlich eine Strafbewehrung des sicherheitspolizeilichen Handelns darstellen). Rein sicherheitspolizeilich motivierte Razzien sind wohl angesichts der weiten und offenen Umschreibung von Art. 215 Abs. 4 StPO nicht mehr denkbar. Eine polizeiliche Anhaltung stützt sich deshalb grundsätzlich fast immer auf Art. 215 StPO. Dies hat in der Praxis allerdings nur hinsichtlich der Dokumentationspflicht der Polizei Auswirkungen (Art. 307 Abs. 3 und 4 StPO).

c. *Strassenverkehrskontrollen:* Polizeiliche Kontrollen des Strassenverkehrs werden durch Art. 53a, 54, 55 und 56 Abs. 1 SVG⁴³ sowie durch die Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV)⁴⁴ spezialgesetzlich geregelt. Art. 3 Abs. 1 SKV hält fest, dass die Polizei bei Strassenverkehrskontrollen immer gleichzeitig präventive, sicherheitspolizeiliche und gerichtspolizeiliche Handlungen vornimmt.⁴⁵ Mängel an der Fahrtüchtigkeit, am Fahrzeug, an Ausweispapieren oder Mängel hinsichtlich der Ruhezeitvorschriften stellen zudem immer strafbare Handlungen dar, so dass Strassenverkehrskontrollen fast inhärent einen strafrechtlich relevanten Charakter haben bzw. der Strafverfolgung dienen. Art. 8 SKV hält denn auch fest, dass Beweise für Widerhandlungen gegen die Verkehrsvorschriften immer nach den Vorschriften des Strafprozessrechts zu erheben sind.

d. *Fernhaltungsmassnahmen ohne physischen Zwang:* Der Hauptzweck sicherheitspolizeilichen Handelns

⁴² Vgl. ALBERTINI/ARMBRUSTER (Fn. 24), Art. 215, Rz. 1.

⁴³ Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG), SR 741.01.

⁴⁴ Verordnung vom 28. März 2007 über die Kontrolle des Strassenverkehrs (Strassenverkehrskontrollverordnung, SKV), SR 741.013.

⁴⁵ «Die Polizei wirkt helfend und verkehrserziehend, verhindert Widerhandlungen, verzeigt Fehlbare und erhebt Ordnungsbussen.»

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_614/2011 vom 14. Dezember 2011, E. 1.6.

ist die Fernhaltung von aktuellen oder potenziellen Störerinnen und Störern. Die mildeste Form von Fernhaltungsmassnahmen sind solche, welche keinen physischen Zwang gegen die Störerin bzw. den Störer beinhalten und in einem Verbot des Aufenthalts an einem bestimmten Ort bzw. in einem bestimmten Perimeter bestehen (Wegweisung, Rayonverbot, u.ä.). Solche Fernhaltungsmassnahmen sind rein sicherheitspolizeilich motiviert; sie stützen sich ausschliesslich auf Verwaltungsrecht ab⁴⁶ und liegen ausserhalb des Geltungsbereichs der StPO.

[Rz 13] Es lassen sich somit die folgenden *Leitsätze für die Anwendbarkeit der StPO auf polizeiliches Handeln* ableiten:

- Sobald eine Aktivität der Polizei (neben anderen, z.B. sicherheits- oder verkehrspolizeilichen Zwecken) auch der Strafverfolgung dient, findet auf sie die StPO Anwendung.
- Auf Untersuchungen von Personen hinsichtlich des Mitführens verbotener Gegenstände findet immer die StPO Anwendung.
- Auf Anhaltungen findet immer die StPO Anwendung.
- Im Zweifelsfall sind polizeiliche Befragungen und Zwangsmassnahmen nach den Vorschriften der StPO durchzuführen.

2.1.4 Das Zwangsanwendungsgesetz (ZAG) als Abgrenzungsproblem

[Rz 14] Ein besonderes Abgrenzungsproblem innerhalb des Bundesrechts stellt das ZAG dar. Grundsätzlich gelten die Vorschriften der StPO im gesamten Bereich der Strafverfolgung auch für Polizeiorgane des Bundes (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Bst. a StPO, Art. 15 Abs. 1 StPO sowie Art. 306 Abs. 3 StPO). Gemäss Art. 1 Abs. 2 StPO bleiben aber Verfahrensvorschriften anderer Bundesgesetze vorbehalten. Solche Verfahrensvorschriften enthält das ZAG. Als neueres Bundesgesetz⁴⁷ geht das ZAG der StPO auch nach allgemeinen Regeln der Normen-Konfliktregelung grundsätzlich vor. Das ZAG enthält seinerseits wiederum eine Regelung bezüglich des Verhältnisses zu anderen Bundesgesetzen: Gemäss Art. 3 ZAG gilt dieses «für die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Bereich der Verfahrensgesetze des Bundes, soweit diese dafür keine besonderen Regelungen enthalten». In den Materialien wird der subsidiäre Charakter des ZAG betont und es wird davon ausgegangen, dass in Fällen, in welchen sich besondere Verfahrensbestimmungen des Bundes ebenfalls mit polizeilichem Zwang befassen, für die Voraussetzungen des polizeilichen

Zwangs die besonderen Verfahrensbestimmungen Anwendung finden, für die Art und Weise der Anwendung des polizeilichen Zwangs aber das ZAG.⁴⁸ Diese Regelung wäre im Verhältnis zur StPO geradezu absurd. Die Materialien zum ZAG erwähnen denn auch die StPO nicht, sondern noch das alte, lückenhafte Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (BStP)⁴⁹, welches mit dem Inkrafttreten der StPO aufgehoben wurde.⁵⁰ Mit dem Inkrafttreten des Strafbehördenorganisationsgesetzes (StBOG)⁵¹ wurde zudem in Art. 2 Abs. 1 Bst. c ZAG verankert, das ZAG finde auch auf kantonale Behörden Anwendung, «die im Zusammenwirken mit den Strafbehörden des Bundes polizeiliche Aufgaben im Bereich der Bundesgerichtsbarkeit wahrnehmen». Der Wortlaut dieser Regelungen steht insgesamt im offensichtlichen Widerspruch zu dem, was der Bundesgesetzgeber wirklich regeln wollte. Der Wille des Bundesgesetzgebers ging unmissverständlich dahin, dass auf die Strafverfolgungsbehörden des Bundes, einschliesslich aller Polizeiorgane im Bereich der Strafverfolgung, die StPO Anwendung findet.⁵² Dies ergibt sich teilweise auch e contrario aus der Absicht, Polizeiorgane, die nicht im Bereich der Strafverfolgung tätig sind, vom Anwendungsbereich der StPO auszunehmen: «Im Unterschied zur Bundeskriminalpolizei (Bst. a) handelt es sich bei den in den Buchstaben b–d aufgeführten Behörden teilweise nicht um solche, die zur Hauptsache im Bereich der Bundesgerichtsbarkeit tätig sind. Es muss somit sichergestellt werden, dass die Grundsätze der StPO auf sie nur Anwendung finden, soweit sie im Rahmen der Strafverfolgung tätig werden. [...] Die Buchstaben b und c halten fest, dass Angehörige weiterer Einheiten des Bundesamtes für Polizei und andere Bundesbehörden nur so weit als Polizei im Sinne des StBOG und von StPO gelten, als das Bundesrecht vorsieht, dass sie Aufgaben im Rahmen der Strafverfolgung wahrnehmen.»⁵³ In der Praxis ist somit davon auszugehen, dass sämtliche Behörden gemäss Art. 4 StBOG, die Aufgaben der Strafverfolgung wahrnehmen, ausschliesslich den Regelungen der StPO unterstehen.

[Rz 15] Die in der Bundesgesetzgebung geschaffenen Widersprüche bedürfen einer gesetzgeberischen Klärung im Sinne der vorstehenden Ausführungen und damit im Sinne

⁴⁶ Die sofortige Ausweisung der verletzenden Person aus der gemeinsamen Wohnung im Krisenfall bei häuslicher Gewalt stützt sich zusätzlich auf Zivilrecht (Art. 28b Abs. 4 ZGB).

⁴⁷ Die StPO wurde am 5. Oktober 2007 beschlossen, das ZAG am 20. März 2008.

⁴⁸ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG) vom 18. Januar 2006, BBl 2006 2489, S. 2499 f.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege, BS 3 303, aufgehoben im Anhang I, Ziff. I.1 StPO (AS 2010 1881).

⁵⁰ Vgl. Botschaft ZAG (Fn. 48), BBl 2006 2489, S. 2499.

⁵¹ Bundesgesetz vom 19. März 2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), SR 173.71.

⁵² Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10. September 2008, BBl 2008 8125, S. 8148 ff.

⁵³ Botschaft StBOG (Fn. 52), BBl 2008 8125, S. 8149.

des ursprünglichen Willens des Gesetzgebers.⁵⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass in der Lehre umstritten ist, ob der Bund überhaupt zum Erlass des ZAG zuständig ist, insbesondere was die Regelung der Tätigkeiten kantonaler Polizeiorgane betrifft.⁵⁵

2.1.5 Lösungsansatz de lege ferenda

[Rz 16] Die Schweiz ist zu kleinräumig, als dass es heute noch als sachgerecht und angemessen gelten könnte, dass bezüglich des polizeilichen Handelns – insbesondere des polizeilichen Zwangs – neben den Regelungen für die Strafverfolgung (StPO) noch kantonal unterschiedliche sowie abweichende bundesrechtliche Regelungen für sicherheitspolizeiliche Belange bestehen. Die heutige Situation enthält in einem heiklen Bereich mit Grundrechtseingriffen zu viele Rechtsunsicherheiten – nicht nur für die Betroffenen, sondern auch für die Polizei. Es bedarf dringlich einer einheitlichen Regelung des polizeilichen Handelns, insbesondere der Zwangsmassnahmen, welche sich an den Vorschriften der StPO orientiert.

[Rz 17] Die Bundesverfassung enthält heute keine Ermächtigung zum Erlass allgemeiner Polizeigesetze; entgegen anders lautenden Auffassungen⁵⁶ stellt insbesondere Art. 57 Abs. 2 BV keine solche Verfassungsgrundlage dar.⁵⁷ Mithin sollte mittels einer Änderung von Art. 57 BV eine solche Ermächtigung des Bundes zur Gesetzgebung geschaffen werden (Art. 57 Abs. 3 BV: «Der Bund regelt das Handeln der Polizei, insbesondere die Zwangsmassnahmen»). Dies würde eine gesamtschweizerische Harmonisierung des Zwangsmassnahmenrechts und eine entsprechende Angleichung an die StPO durch den Bundesgesetzgeber ermöglichen.

2.2 Anordnung von Blutproben

[Rz 18] Eine Blutprobe zur Feststellung der Fahruntfähigkeit wegen Alkohol- oder Drogenkonsums stellt eine Zwangsmassnahme dar.⁵⁸ Die materiellen Voraussetzungen zur Anordnung einer solchen Blutprobe werden in Art. 55 SVG und Art. 10 ff. SKV geregelt. Bis zum Inkrafttreten der StPO hielt Art. 55 Abs. 5 SVG fest, dass die Zuständigkeit zur Anordnung von Blutproben durch das kantonale Recht bestimmt wird.⁵⁹ Die Kantone wiesen diese Zuständigkeit in der Regel den Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten zu.⁶⁰ Diese

Zuständigkeitsordnung erwies sich als zweckmässig. Angesichts der Tatsache, dass die Voraussetzungen und das Vorgehen bei Blutproben zur Feststellung der Fahruntfähigkeit detailliert geregelt sind und dass die Blutentnahme immer durch dazu befugtes medizinisches Personal erfolgen muss, kann eine Anordnung durch Polizistinnen und Polizisten auch nicht in Konflikt mit dem Verhältnismässigkeitsgebot geraten. Art. 55 Abs. 5 wurde mit dem Inkrafttreten der StPO aufgehoben.⁶¹ In der Botschaft wird dazu Folgendes ausgeführt: «Soweit die Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit auf Grund des Verdachts einer Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz oder anderer Gesetze durchzuführen sind, handelt es sich um Beweissmassnahmen im Sinne der StPO. Diese regelt denn auch die Zuständigkeit für die Durchführung und Anordnung, weshalb Absatz 5 von Artikel 55 des Strassenverkehrsgesetzes keine Bedeutung mehr hat.»⁶² Diese Unbekümmertheit der bundesrätlichen Argumentation erstaunt, wurde doch im Vernehmlassungsverfahren von den Kantonen Zürich und Waadt ausdrücklich gefordert, dass auch höhere Polizeifunktionärinnen und -funktionäre Blutproben anordnen können sollten.⁶³

[Rz 19] Die neue Regelung ist für die Strafverfolgungsbehörden *umständlich und nicht sachgerecht*. Wie bereits dargelegt, gibt es kaum sachliche oder rechtliche Gründe dafür, dass die Anordnung von Blutproben zur Feststellung der Fahruntfähigkeit wegen Alkohol- oder Drogenkonsums nicht durch Funktionärinnen und Funktionäre der Polizei selbst erfolgen sollte. Die kantonalen Strafverfolgungsbehörden behelfen sich in dieser Situation teilweise damit, dass sie den organisationsrechtlichen Ermessensspielraum ausnützen und Polizeiangestellte als Funktionäre der Staatsanwaltschaft bezeichnen, welche Blutproben anordnen dürfen,⁶⁴ oder – rechtlich eher fragwürdig – der Polizei eine Generalmächtigung zur Anordnung von Blutproben erteilen.⁶⁵

[Rz 20] Die Diskussion um die Zuständigkeit zur Anordnung von Blutproben schien sich mit der Botschaft zu *Via sicura*⁶⁶ zu entschärfen: Der Bundesrat beantragte dem Parlament mit dieser Vorlage, die Blutprobe grundsätzlich durch eine beweissichere Atem-Alkoholkontrolle zu ersetzen.⁶⁷ Während der Ständerat als Erstrat dieser Änderung des SVG

⁵⁴ Botschaft StBOG (Fn. 52), BBI 2008 8125, S. 8148 ff.

⁵⁵ Vgl. BIAGGINI (Fn. 35), Art. 57, Rz. 10, mit Hinweisen.

⁵⁶ Vgl. Botschaft ZAG (Fn. 48), BBI 2006 2489, S. 2515.

⁵⁷ Vgl. BIAGGINI (Fn. 35), Art. 57, Rz. 10, mit Hinweisen.

⁵⁸ So ausdrücklich Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (Botschaft StPO), BBI 2006 1085, S. 1215.

⁵⁹ Vgl. PHILIPPE WEISSENBERGER, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 55, Rz. 13.

⁶⁰ Vgl. WEISSENBERGER (Fn. 59), Art. 55, Rz. 13, mit Hinweis auf BGE 91 I 31 E. 2a.

⁶¹ StPO, Anhang I, Ziff. 21 (AS 2010 1881).

⁶² Vgl. Botschaft StPO (Fn. 58), BBI 2006 1085, S. 1346 f.

⁶³ Vgl. Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Zusammenfassung der Ergebnisse der Vernehmlassungen über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren vom Februar 2003, S. 57.

⁶⁴ Vgl. § 10 der Verordnung über die Staatsanwaltschaft (VO STA) des Obergerichts des Kantons Zug vom 20. November 2007, BGS 161.3.

⁶⁵ Vgl. Ziff. 10.9.5.5.1, S. 142 der Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren (WOSTA), Stand 30. September 2011.

⁶⁶ Botschaft zu *Via sicura*, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, BBI 2010 8447.

⁶⁷ Vgl. Botschaft *Via sicura* (Fn. 66), BBI 2010 8447, S. 8477 f.

zustimmte, setzte sich der Nationalrat für die Beibehaltung der Blutprobe als generelles Beweismittel ein und beschloss in der Wintersession 2012 das SVG diesbezüglich nicht zu ändern. Sollte sich der Nationalrat durchsetzen, wäre gleichzeitig eine Änderung von Art. 55 SVG dahingehend angezeigt, dass man entweder den mit dem Inkrafttreten der StPO gestrichenen Art. 55 Abs. 5 SVG unverändert wieder einfügt und die Regelung der Zuständigkeit spezialgesetzlich den Kantonen überlässt oder dass man in einem neuen Art. 55 Abs. 5 SVG festhält, dass die Anordnung in die Zuständigkeit der Polizei falle.

2.3 Ordnungsbussenverfahren

2.3.1 Bürokratisierung des Verfahrens

[Rz 21] Das Verfahren bei Ordnungsbussen im Strassenverkehr richtet sich nach dem Ordnungsbussengesetz (OBG)⁶⁸ und der Ordnungsbussenverordnung (OBV)⁶⁹. Das OBG geht der StPO vor (Art. 1 Abs. 2 StPO).⁷⁰ Die Fälle, in welchen das Ordnungsbussenverfahren ausgeschlossen ist und die Strafverfolgung immer von Beginn weg nach den Vorschriften der StPO erfolgen muss, sind in Art. 2 OBG abschliessend geregelt.⁷¹ Soweit keine Ausschlussgründe nach Art. 2 OBG bestehen, ist deshalb bei Strassenverkehrsdelikten, die im Ordnungsbussenkatalog (Art. 3 OBG, Anhang zur OBV) verzeichnet sind,⁷² grundsätzlich immer das Ordnungsbussenverfahren durchzuführen. Das OBG wurde beim Erlass der StPO unverändert belassen.

[Rz 22] Bezahlt eine beschuldigte Person die Ordnungsbusse nicht innert der Frist von 30 Tagen (Art. 6 Abs. 3 OBG) oder lehnt sie das Ordnungsbussenverfahren ab (Art. 10 Abs. 2 OBG), leitet die Polizei das ordentliche Verfahren ein, d.h., sie erstattet Anzeige bei der Staatsanwaltschaft. Vom Strafrahmen her sind die Voraussetzungen für ein Strafbefehlsverfahren in diesen Fällen immer gegeben (Art. 352 Abs. 1 Bst. a StPO). Ein Geständnis wird in der Regel mangels polizeilicher Einvernahme nicht vorliegen. Demgegenüber dürfte aber in den meisten Fällen der Sachverhalt ausreichend geklärt und dokumentiert sein.⁷³ In der Praxis begnügt sich die Staatsanwaltschaft deshalb oft mit einer beschränkten Prüfung der Polizeiakten und nimmt ein

eigentliches Beweisverfahren erst bei einer Einsprache vor.⁷⁴ Die direkte Eröffnung eines Strafbefehlsverfahrens ohne Untersuchung ist zulässig (Art. 309 Abs. 4 StPO). Da eine Ordnungsbusse auch im ordentlichen Verfahren ausgefällt werden kann (Art. 11 Abs. 1 OBG), ist eine Abklärung der persönlichen Verhältnisse nicht notwendig. In aller Regel wird die Staatsanwaltschaft somit im Falle einer nicht bezahlten oder abgelehnten Ordnungsbusse einen Strafbefehl erlassen, der neben dem Schuldspruch die Verurteilung zu derselben Ordnungsbusse und zu Kosten enthält. Erst mit einer Einsprache der beschuldigten Person erfolgt dann in der Regel eine Untersuchung, sofern die Sache nicht ohne weitere Untersuchung an das Gericht überwiesen wird.

[Rz 23] Die gesetzgeberische Absicht beim Erlass des Ordnungsbussengesetzes kann wie folgt beschrieben werden: «Durch Ordnungsbussen soll die Ahndung einer Anzahl von Widerhandlungen im Strassenverkehr vereinfacht werden, um die Behörden und Beamten von nutzloser Arbeit zu entlasten und dem polizeilichen Einschreiten gegen Disziplinlosigkeit mehr Wirksamkeit zu verleihen.»⁷⁵ Primäres Ziel des Ordnungsbussenverfahrens war und ist mithin eine Entbürokratisierung der Verfahrensabläufe bei der Verfolgung von Übertretungen des Strassenverkehrsrechts.⁷⁶ Ob diesem Ziel unter dem Regime der StPO noch nachgelebt wird bzw. nachgelebt werden kann, ist fraglich. Mit dem ursprünglichen Ziel des OBG vor Augen hätte man sich bei der Ausgestaltung eines gesamtschweizerischen Strafverfahrens überlegen können, ob angesichts des prinzipialen Stellenwerts, den der Strafbefehl bei der Erledigung von Straffällen erhalten wird, auf die Rechtsfigur der Ordnungsbusse nicht zu Gunsten der Rechtsfigur des Strafbefehls verzichtet werden könnte. Dies kann durch eine gesetzliche Regelung dahingehend erreicht werden, dass bei Übertretungen des Strassenverkehrsrechts, die in der Bussenliste (Art. 6 OBG) verzeichnet sind, immer ein Strafbefehl mit der entsprechenden Ordnungsbusse erlassen werden muss und dass zum Erlass dieser Strafbefehle von Bundesrechts wegen die Polizei zuständig ist. Es spricht nichts dagegen, dass die Polizei den in flagranti erwischten «Strassenverkehrssündern» statt eines Ordnungsbussenformulars einen Strafbefehl in die Hand drückt, sich den Empfang auf einem Doppel bestätigen lässt und allenfalls – bei Anerkennung der Busse – sich diese ebenfalls bestätigen lässt und den Bussenbetrag einzieht. Mit der skizzierten Regelung kann man sich auch den Weg über das Bedenkfristformular ersparen. Wenn der Polizei in Ordnungsbussensachen von Gesetzes wegen die Funktion der Übertretungsstrafbehörde im Sinne von Art. 17 Abs. 1 StPO übertragen wird, kann auch der Handwechsel

⁶⁸ Ordnungsbussengesetz (OBG) vom 24. Juni 1970, SR 741.03.

⁶⁹ Ordnungsbussenverordnung (OBV) vom 4. März 1996, SR 741.031.

⁷⁰ Vgl. Botschaft StPO (Fn. 58), BBl 2006 1085, S. 1127.

⁷¹ Vgl. Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Ordnungsbussen im Strassenverkehr (OBG) vom 8. September 1993, BBl 1993 II 769, S. 774.

⁷² Bei nicht in der Bussenliste erfassten Delikten ist das Ordnungsbussenverfahren ausgeschlossen, vgl. WEISSENBARGER (Fn. 59), Art. 90, Rz 9.

⁷³ Vgl. dazu FRANZ RICKLIN, BSK StPO, Art. 352, Rz. 1; SCHMID (Fn. 7), Art. 352, Rz. 2 f., beide unter Hinweis auf Botschaft StPO (Fn. 58), BBl 2006 1085, S. 1289.

⁷⁴ Vgl. RICKLIN (Fn. 73), Art. 352, Rz. 4, mit Hinweisen.

⁷⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Ordnungsbussen im Strassenverkehr vom 14. Mai 1969 (Botschaft OBG), BBl 1970 II 1090, S. 1090.

⁷⁶ Vgl. auch Botschaft OBG (Fn. 75), BBl 1970 II 1090, S. 1091.

zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft vollständig eliminiert werden. Von dieser Lösung darf zusätzlich erwartet werden, dass die Polizei im Ordnungsbussenwesen erhöhte Sorgfalt walten lässt, weil sie vor Gericht die alleinige (ungeteilte) Verantwortung für das ganze Vorverfahren und für den Strafbefehl trägt.

[Rz 24] Die Kantone können den Handwechsel im Bereich der Ordnungsbussen auch unter geltendem Recht dadurch vermeiden, dass sie die Polizei bezüglich der Übertretungen des Strassenverkehrsrechts, die in der Bussenliste (Art. 6 OBG) verzeichnet sind, in Anwendung von Art. 17 Abs. 1 StPO zur Übertretungsstrafbehörde erklären.

2.3.2 Unklarer Gehalt von Art. 11 Abs. 2 OBG

[Rz 25] Art. 11 Abs. 2 OBG lautet wie folgt: «Stellt der Richter auf Veranlassung eines von der Tat Betroffenen oder des Täters fest, dass Artikel 2 missachtet wurde, so hebt er die Ordnungsbusse auf und wendet das ordentliche Verfahren an.» Dies wirft vor dem Hintergrund der StPO die Frage auf, ob die Aufhebung der Ordnungsbusse und die Anwendung des ordentlichen Strafverfahrensrechts und des materiellen Strafrechts bei Missachtung von Art. 2 OBG tatsächlich einem Gericht vorbehalten ist oder ob auch die Staatsanwaltschaft dazu befugt bzw. verpflichtet ist. Einerseits war ursprünglich mit «Richter» offenbar tatsächlich ein Gericht im engeren Sinn gemeint.⁷⁷ Der Vorbehalt von Art. 1 Abs. 2 StPO zu Gunsten des OBG würde diesfalls eine Abweichung von den Regelungen der StPO verlangen. Andererseits würde dies ein Abweichen von der umfassenden Überprüfungspflicht der Prozessvoraussetzungen durch die Staatsanwaltschaft bei der Eröffnung einer Untersuchung (Art. 309 StPO) und beim Erlass eines Strafbefehls (Art. 352 StPO) bedeuten, das vom Gesetzgeber kaum gewollt sein kann.

[Rz 26] Gemäss dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 OBG kann die Aufhebung einer Ordnungsbusse nur auf Antrag von Verfahrensbeteiligten erfolgen, nicht jedoch von Amtes wegen. Die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 2 OBG enthält keine Präzisierungen dieser Problematik, weil in den beurteilten Verfahren jeweils entsprechende Interventionen von Verfahrensbeteiligten vorlagen.⁷⁸ Demgegenüber lassen die Systematik des OBG und der zwingende Wortlaut von Art. 2 OBG eher darauf schliessen, dass Art. 2 OBG von Amtes wegen zu beachten ist. Für Letzteres spricht auch die Tatsache, dass in Fällen von Art. 90 Ziff. 2 SVG, welche zu den Fällen nach Art. 2 Bst. a OHG gehören, nicht nur das Ordnungsbussenverfahren ausgeschlossen ist, sondern gemäss Art. 16 Abs. 2 SVG immer auch ein Administrativverfahren stattfinden muss;⁷⁹ eine Nichtbeachtung von Art. 2

OBG von Amtes wegen würde somit immer eine gesetzeswidrige Missachtung von Art. 16 SVG bedeuten.

[Rz 27] Art. 11 Abs. 2 OBG sollte somit präzisiert werden – oder noch besser aufgehoben, da die Regelung im Grunde genommen obsolet ist.

2.4 Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr

[Rz 28] Am 1. Oktober 2011 ist das BGST⁸⁰ in Kraft getreten. Dieses Gesetz regelt die Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (Art. 1 BGST). Die Transportpolizei erhält die Befugnis, Personen vorläufig festzunehmen (Art. 4 Abs. 2 Bst. a BGST). Solche vorläufigen Festnahmen sind auch aus Gründen der Strafverfolgung, d.h. zu gerichtspolizeilichen Zwecken zulässig (Art. 4 Abs. 4 und 5 BGST). Eine Person darf selbst dann vorläufig festgenommen werden, wenn sie Transportleistungen unrechtmässig in Anspruch nimmt, sich nicht ausweist und die verlangte Sicherheit für die Bearbeitungsgebühr und die Fahrkosten nicht leistet bzw. nicht leisten kann (Art. 4 Abs. 5 BGST). Das Benützen des öffentlichen Verkehrs ohne gültigen Fahrausweis stellt nach den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (PBG)⁸¹ eine Übertretung dar (Art. 57 Abs. 1 Bst. a PBG). Für die Verfolgung solcher Übertretungen sind die kantonalen Strafverfolgungsbehörden zuständig (Art. 60 Abs. 1 PBG); es findet grundsätzlich die StPO Anwendung (Art. 60 Abs. 3 PBG bezieht sich nur auf das Verfahren vor dem BAV gemäss Art. 60 Abs. 2 PBG). Eine vorläufige Festnahme nach Art. 4 Abs. 5 BGST ist mithin immer auch gerichtspolizeilich motiviert, dient sie doch der Verfolgung der Übertretung gemäss Art. 57 PBG. Art. 4 Abs. 6 BGST legt nun aber fest, dass auf vorläufige Festnahmen durch die Transportpolizei das ZAG Anwendung findet. Dies hat einerseits zur Folge, dass Beschuldigte, die von der Transportpolizei festgenommen werden, rechtlich schlechter gestellt sind als solche, die zur Verfolgung des gleichen Delikts von der Kantonspolizei (und damit nach den Regeln der StPO) festgenommen werden (bei Transportunternehmen, die keine Transportpolizei, aber einen Sicherheitsdienst haben, muss letzterer für Festnahmen auf die kantonalen Polizeikräfte zurückgreifen).⁸² Andererseits stellt sich in der Folge die Frage, inwieweit allenfalls eine Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft wegen Verletzung von Verfahrensrechten der StPO noch zulässig ist.⁸³

[Rz 29] Die Regelung von Art. 4 Abs. 5 i.V.m. Abs. 6 BGST

⁷⁷ Die Botschaft über die Änderung des OBG (Fn. 71), BBl 1993 II 769, S. 775 spricht von «Anweisung an das Gericht».

⁷⁸ BGE 118 IV 285, BGE 114 IV 63.

⁷⁹ Vgl. WEISSENBERGER (Fn. 59), Art. 90, Rz 9.

⁸⁰ Bundesgesetz vom 18. Juni 2010 über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST), SR 745.2.

⁸¹ Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG), SR 745.1.

⁸² Vgl. vorstehend Ziffer 2.1.2.

⁸³ Vgl. vorstehend Ziffer 2.1.3.

zeigt auf, wie absurd das Nebeneinander von StPO und ZAG ist und wie dringlich die angeregte gesetzgeberische Lösung⁸⁴ ist. Es stellt sich zudem die Frage, ob Art. 4 Abs. 6 BGST nicht möglichst rasch dahingehend ergänzt werden sollte, dass bei vorläufigen Festnahmen, die der Überstellung an die Strafverfolgungsbehörden dienen, die Verfahrensrechte der Festgenommenen im Sinne von Art. 214 und 219 StPO zu gewährleisten sind.

2.5 Mitteilung der Polizei an Opferberatungsstellen⁸⁵

[Rz 30] Seit dem 1. Januar 2011 regelt Art. 305 Abs. 3 StPO die Mitteilung von Name und Adresse von Opfern durch die Polizei an eine Beratungsstelle. Diese bedingte Mitteilungspflicht der Polizei bewegt sich an einer heiklen Nahtstelle zwischen Optimierung des Opferschutzes und Beachtung des Persönlichkeitsschutzes. Hintergrund bzw. Ausgangspunkt von Art. 305 Abs. 3 StPO bildet die Idee der pro-aktiven Beratung. Um die Norm verstehen zu können, ist ein sich Befassen mit dem pro-aktiven Beratungsansatz⁸⁶ und insbesondere auch mit der häuslichen Gewalt⁸⁷ notwendig. Beratungsstellen beruhen herkömmlich auf dem Hol-Prinzip bzw. Komm-Prinzip: Die Betroffenen müssen selber aktiv werden und aus eigenem Antrieb die Beratungsstelle kontaktieren und aufsuchen. Pro-aktive Opferberatung beruht demgegenüber auf dem Prinzip, *dass die Beratungsstelle das Opfer kontaktiert bzw. aufsucht*. Der pro-aktive Ansatz der Opferberatung wurde vor allem im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt entwickelt und erprobt. Wenn pro-aktive Beratung von Gesetzes und von Amtes wegen erfolgt, wird sie Teil des Eingriffssozialrechts.

[Rz 31] Die Regelung im geltenden Art. 305 Abs. 3 StPO geht auf Art. 6 Abs. 1 des alten Opferhilfegesetzes (aOHG)⁸⁸ aus dem Jahr 1991 zurück, welcher Folgendes festlegte: «Sie [die Polizei] übermittelt Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle. Sie weist das Opfer vorher darauf hin, dass es die Übermittlung ablehnen kann.» Am 23. März 2007 beschloss das Parlament das neue Opferhilfegesetz (OHG)⁸⁹,

welches am 1. Januar 2009 in Kraft trat. Art. 8 Abs. 2 OHG lautete beim Inkrafttreten wie folgt: «Sie [die Polizei] meldet Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle, sofern dieses damit einverstanden ist.» Am 5. Oktober 2007 beschloss das Parlament das neue Strafprozessrecht und erhob die vom Bundesrat beantragte Regelung unverändert als Art. 305 Abs. 3 StPO zum Gesetz.⁹⁰ Neu wird damit nicht mehr das Einverständnis des Opfers vorausgesetzt, sondern nur, dass sich das Opfer nicht gegen eine Übermittlung der Daten ausspricht. Beim Beschluss des StBOG am 19. März 2010 übernahm der Gesetzgeber den bisherigen Art. 8 OHG weitgehend unverändert als Änderung von Art. 305 StPO.⁹¹ Beim Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 wies Art. 305 Abs. 3 StPO den folgenden, noch heute geltenden Text auf: «Sie [die Polizei und die Staatsanwaltschaft] melden Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle, sofern dieses damit einverstanden ist.» Auf Grund dieses gesetzgeberischen Hin und Her sowie wegen der fehlenden oder spärlichen und teilweise widersprüchlichen Erläuterungen in den Materialien ist eine historische Auslegung von Art. 305 Abs. 3 StPO nicht möglich (abgesehen vom Opferbegriff, der andernorts definiert wird). Es stellt sich zudem die Frage, ob der geltende Gesetzestext den Willen des Gesetzgebers richtig wiedergibt.

[Rz 32] In einer vertieften Analyse⁹² kommt man zum Schluss, dass die Mitteilung von Adressdaten von Opfern und anderen Geschädigten durch die Polizei an Beratungsstellen bundesrechtlich abschliessend dahingehend geregelt ist, dass eine Mitteilung *nur mit Zustimmung der betroffenen Person* erfolgen darf.⁹³ Abweichende kantonale Regelungen (z.B. in den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Luzern, Zürich) sind – entgegen anders lautenden Auffassungen⁹⁴ – bundesrechtswidrig und stellen deshalb keine Ermächtigung zur Datenweitergabe dar.⁹⁵

[Rz 33] Das Zustimmungserfordernis für die Meldung von Opferdaten an Beratungsstellen gilt auch für das polizeiliche Handeln im Rahmen der Krisenintervention nach Art. 28b ZGB⁹⁶. Die Polizei ist hinsichtlich Gewalt, Drohungen und Nachstellungen (insbesondere häusliche Gewalt und Stalking) in der ganzen Schweiz gleichzeitig zuständig für die sicherheitspolizeiliche Erstintervention, für die gerichtspolizeiliche Erstermittlung (Art. 306 und Art. 303 Abs. 2 StPO) wie auch für die Anordnung von Massnahmen der Krisenintervention im Sinne von Art. 28b Abs. 4 ZGB (insbesondere die

⁸⁴ Vgl. vorstehend Ziffer 2.1.5.

⁸⁵ Diese Ausführungen basieren auf DANIEL KETTIGER/MARIANNE SCHWANDER, Art. 305 Abs. 3 StPO: Zwischen Persönlichkeits- und Opferschutz, Jusletter vom 10. Oktober 2011 und enthalten unveränderte Textteile aus diesem Aufsatz.

⁸⁶ Ausführlich zur pro-aktiven Beratung REBECCA LÖBMANN/KARIN HERBERS, Neue Wege gegen häusliche Gewalt, Baden-Baden 2005, S. 37 ff., vgl. auch KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 8 ff.

⁸⁷ Zur häuslichen Gewalt ausführlich MARIANNE SCHWANDER, Das Opfer im Strafrecht. Aktuelles und potenzielles Opfer zwischen Recht, Psychologie und Politik, Bern 2010, S. 111 ff.

⁸⁸ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, AS 1992 2465, aufgehoben per 1. Januar 2009 durch Art. 46 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), AS 2008 1607, SR 312.5.

⁸⁹ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten

(Opferhilfegesetz, OHG), AS 2008 1807, SR 312.5.

⁹⁰ Vgl. BBl 2007 6977, S. 7070.

⁹¹ Vgl. Anhang Ziffer II 7 StBOG, AS 2010 3267.

⁹² Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 44 ff.

⁹³ Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 65.

⁹⁴ Z.B. IRIS GLOCKENGIESSER/SANDRA STÄMPFLI, Häusliche Gewalt: Es darf diskutiert werden, digma 2011.2, S. 90 f.

⁹⁵ Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 65.

⁹⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

Ausweisung bzw. Wegweisung).⁹⁷ Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 305 Abs. 3 StPO klar festgehalten, dass die Polizei in ihrer gerichtspolizeilichen Funktion die Adressdaten eines Opfers nur dann an eine Beratungsstelle weiterleiten darf, wenn das Opfer zustimmt. In der Polizei sind hinsichtlich Gewalt, Drohung und Nachstellung – wie erwähnt – die Funktionen der Gerichtspolizei, der Sicherheitspolizei und der Kriseninterventionsstelle vereint. Art. 305 Abs. 3 StPO kann angesichts dieser Mehrfachfunktion von den Kantonen nicht dadurch unterlaufen werden, dass diese für die Polizei in ihrer sicherheitspolizeilichen Funktion bzw. in ihrer Funktion als Kriseninterventionsstelle nach Art. 28b Abs. 4 ZGB eine andere Regelung erlassen.⁹⁸

[Rz 34] Die heutige Rechts- und Sachlage ist unbefriedigend: Materiell dürfen Opferdaten gemäss abschliessender bundesrechtlicher Regelung nur mit dem Einverständnis des Opfers an eine Beratungsstelle weitergegeben werden; dies kann dazu führen, dass in einzelnen Fällen der pro-aktive Ansatz nicht zum Tragen kommt und die sachlich notwendige Beratung der durch eine Straftat oder durch andere Formen von Gewalt, Drohung und Nachstellung betroffenen Person suboptimal ist oder nicht stattfinden kann.⁹⁹ In formeller Hinsicht muss festgestellt werden, dass die Gesetzgebung zur Weiterleitung der Opferdaten und damit der pro-aktiven Opferberatung in StPO, OHG und Art. 28b ZGB missverständlich und teilweise nicht kongruent ist. Eine Optimierung muss – ausgehend vom erwiesenermassen unterschiedlichen Beratungsbedarf der Opfer¹⁰⁰ – gewährleisten, dass in den Fällen, in welchen das Opfer auf Grund der konkreten Umstände ausnahmsweise nicht in der Lage ist, sich selber frei für oder gegen die Kontaktaufnahme durch eine bestimmte Beratungsstelle zu entscheiden, letztere vorsorglich immer stattfindet, ohne dass gleichzeitig diese Vorsorge für eine bestimmte Kategorie von Opfern – auch aus der Beratungssicht sachwidrig – in die Persönlichkeitsrechte der übrigen Opfer eingreift, die durchaus in der Lage sind, ihren Beratungsbedarf abzuschätzen und zu artikulieren. Wenn das Opfer nach der Information über die Beratungsmöglichkeiten und nach dem ausdrücklichen, formelhaften Hinweis, dass seine Adressdaten zwecks Kontaktaufnahme an eine bestimmte Beratungsstelle weitergeleitet werden, soweit es nicht auf diese Beratung verzichte oder die Kontaktaufnahme durch eine andere Beratungsstelle wünsche, weder den Verzicht auf Beratung erklärt noch die Kontaktaufnahme durch eine andere Beratungsstelle ausdrücklich wünscht, dann – und nur dann – soll die Polizei verpflichtet sein, die Adressdaten von

Amtes wegen weiterzuleiten.¹⁰¹ Mithin könnte eine optimierte Fassung von Art. 305 Abs. 3 StPO wie folgt lauten: «Sie [die Polizei oder die Staatsanwaltschaft] informieren darüber, dass die Wohn- und Postadresse sowie die Telefonnummer einer bestimmten Beratungsstelle mitgeteilt werden, sofern das Opfer nicht auf eine Beratung verzichtet oder die Mitteilung an eine andere Beratungsstelle wünscht. Wenn das Opfer daraufhin nicht ausdrücklich auf eine Beratung verzichtet, wird die Mitteilung ausgeführt.»¹⁰² Gleichzeitig sollte Art. 28b Abs. 4 ZGB wie folgt ergänzt werden: «Die Mitteilung an eine Beratungsstelle richtet sich nach Artikel 305 Absatz 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung.»¹⁰³

3. Schnittstellen zum Zivilprozessrecht

3.1 Adhäsionsklagen bei Erledigung der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft

3.1.1 Rechtshängigkeit von Adhäsionsklagen bei der Anfechtung von Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen¹⁰⁴

[Rz 35] Die StPO sieht vor, dass die geschädigte Person zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatklägerin bzw. Privatkläger adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen kann (Art. 122 Abs. 1 StPO, so genannte *Adhäsionsklage*). Das gleiche Recht steht auch Angehörigen von Opfern zu, soweit sie gegenüber der beschuldigten Person eigene Zivilansprüche geltend machen können (Art. 122 Abs. 2 StPO). Zivilrechtliche Ansprüche «aus der Straftat» sind insbesondere Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff., insb. Art. 46 f. und 49 OR¹⁰⁵).¹⁰⁶ Darüber hinaus können aber auch andere Ansprüche geltend gemacht werden, beispielsweise bei Verletzung der Persönlichkeit (Art. 173 ff. und 179bis ff. StGB¹⁰⁷; Art. 3 Bst. a i.V.m. Art. 23 UWG¹⁰⁸) die in Art. 28a ZGB bzw. Art. 9 UWG vorgesehenen Ansprüche.¹⁰⁹

[Rz 36] Das Strafprozessrecht alleine bestimmt in diesen

¹⁰¹ Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 68.

¹⁰² Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 69.

¹⁰³ Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 70.

¹⁰⁴ Diese Ausführungen basieren auf DANIEL KETTIGER, *Rechtshängigkeit von Adhäsionsklagen bei Anfechtung von Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen*, Jusletter vom 6. Juni 2011 und enthalten unveränderte Textteile aus diesem Aufsatz.

¹⁰⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

¹⁰⁶ Vgl. ANNETTE DOLGE, BSK StPO, Art. 122, Rz. 66.

¹⁰⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0.

¹⁰⁸ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241.

¹⁰⁹ Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 68.

⁹⁷ Eigene Abklärungen auf der Grundlage von THERES EGGER/MARIANNE SCHÄR MOSER, *Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen*, Schlussbericht vom September 2008 zu Händen des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, S. 96 ff.

⁹⁸ Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 64.

⁹⁹ In diesem Sinne auch GLOCKENGIESSER/STÄMPFLI (Fn. 94), S. 90.

¹⁰⁰ Vgl. KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 9 ff.

Fällen Beginn und Ende der Rechtshängigkeit der zivilrechtlichen Ansprüche.¹¹⁰ Die Rechtshängigkeit – im Sinne des Zivilprozessrechts – beginnt mit der Anmeldung der Zivilansprüche bei der Strafverfolgungsbehörde (Art. 119 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 122 Abs. 3 StPO), d.h. «durch die Erklärung der geschädigten Person gegenüber der Strafverfolgungsbehörde, sich am Strafverfahren als Zivilklägerin beteiligen zu wollen»¹¹¹. Dabei ist – anders als im Zivilprozess – im Zeitpunkt der Anmeldung noch keine Bezifferung und (zivilrechtliche) Begründung der Forderungen notwendig.¹¹² Die Rechtshängigkeit endet mit der Rechtskraft des verfahrenserledigenden Entscheids über die Zivilansprüche (Art. 126 i.V.m. Art. 81 und 437 StPO).¹¹³ Die Wirkungen der Rechtshängigkeit ergeben sich aus dem Zivilprozessrecht und sind grundsätzlich die gleichen wie bei Geltendmachung der Ansprüche im Zivilprozess (Art. 62 ff. ZPO¹¹⁴).¹¹⁵ Die Geltendmachung im Strafverfahren unterbricht die zivilrechtliche Verjährung – es gelten auch für den Zivilanspruch die längeren strafrechtlichen Verjährungsfristen (Art. 60 Abs. 2 OR).¹¹⁶

[Rz 37] Wird die Strafverfolgung eingestellt, so werden die Zivilforderungen ex lege auf den Zivilprozessweg (die StPO spricht von «Zivilweg») verwiesen (Art. 63 ZPO; Art. 126 Abs. 2 Bst. a StPO).¹¹⁷ Gleiches gilt für die Nichtanhandnahme (Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 126 Abs. 2 Bst. a StPO). Die Privatklägerschaft hat dann in Anwendung von Art. 63 ZPO zur Wahrung der Rechtshängigkeit eine Frist von einem Monat, die Zivilklage neu beim zuständigen Zivilgericht anzubringen.¹¹⁸ Ansonsten geht zwar nicht der Rechtsanspruch, aber die Rechtshängigkeit verloren.¹¹⁹ Wird die Zivilklage auf den Zivilweg verwiesen, gelten nunmehr die kürzeren Verjährungsfristen nach Art. 60 Abs. 1 OR.¹²⁰

[Rz 38] Rechtsmittel im Strafprozess haben grundsätzlich *keine aufschiebende Wirkung* (Art. 387 StPO). Mangels einer abweichenden gesetzlichen Regelung gilt dies integral auch für Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen. Mangels aufschiebender Wirkung sind die angefochtenen Verfügungen vorläufig – d.h. bis zu ihrer allfälligen Aufhebung im Beschwerdeentscheid – rechtskräftig und vollstreckbar.

Dies bedeutet, dass die im Strafverfahren geltend gemachten Zivilansprüche unabhängig von der Beschwerdeführung gegen Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen grundsätzlich immer ex lege rechtskräftig ins Zivilverfahren verwiesen werden. Die Strafprozessordnung und die Lehre schweigen sich darüber aus, ob bei der Aufhebung der Nichtanhandnahme- bzw. Einstellungsverfügung durch die Beschwerdeinstanz die Rechtshängigkeit der Zivilansprüche wiederhergestellt wird. Grundsätzlich ist nach allgemeinen Rechtsregeln davon auszugehen. Sollte allerdings die Nichtanhandnahme oder Einstellung im Beschwerdeentscheid bestätigt werden, ist die Rechtshängigkeit der Zivilansprüche dahingefallen, da es bis zum Beschwerdeentscheid sicher länger als einen Monat (Frist nach Art. 63 Abs. 1 ZPO) dauern wird. Mithin müsste die Privatklägerschaft ihre Zivilansprüche zur sicheren Wahrung der bestehenden Rechtshängigkeit bzw. der Verjährungsfristen vorsorglich bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Zivilgericht anhängig machen. Die Folge davon ist, dass die betreffenden Zivilansprüche später nicht wieder im Strafverfahren anhängig gemacht und entschieden werden können (Art. 64 Abs. 1 Bst. a ZPO).

[Rz 39] Das dargestellte Zusammenspiel von StPO und ZPO stellt zweifelsohne ein gesetzgeberisches Versehen dar. Es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, im Falle einer Nichtanhandnahme bzw. Einstellung der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft die Zivilforderungen ungeachtet der Rechtmässigkeit der Nichtanhandnahme oder Einstellung in jedem Falle definitiv auf den Zivilweg zu verweisen. Dies widerspräche dem Wesen der Adhäsionsklage. Die nun geschaffene Rechtssituation macht in den betreffenden Fällen die Vorteile der Prozessökonomie für die Gerichte¹²¹ zunichte und wandelt die Vorteile für die klagenden Geschädigten¹²² in rechtliche und faktische Nachteile.

[Rz 40] Der Bundesgesetzgeber sollte den beschriebenen Mangel in der Prozessgesetzgebung so bald wie möglich in dem Sinne beheben, dass die Rechtshängigkeit der adhäsionsweise geltend gemachten Zivilansprüche bei der Beschwerdeführung gegen Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft in jedem Fall aufschiebende Wirkung genießt. Dies könnte am besten durch die Ergänzung von Art. 387 StPO mit einem zweiten Absatz erfolgen, der folgenden Wortlaut aufweist: «Die Beschwerde gegen Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen hat bezüglich der Rechtshängigkeit von Zivilklagen (Art. 122 Abs. 3) aufschiebende Wirkung.»¹²³

¹¹⁰ Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 14.

¹¹¹ Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 73 und Rz. 85; SCHMID, (Fn. 7), Art. 122, Rz. 6.

¹¹² Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 15.

¹¹³ Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 14.

¹¹⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR 272.

¹¹⁵ Ausführlich dazu DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 15 und Rz. 88 ff.; DOMINIK INFANGER, BSK ZPO, Art. 64.

¹¹⁶ Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 91.

¹¹⁷ Vgl. SCHMID (Fn. 7), Art. 126, Rz. 9.

¹¹⁸ Vgl. ANNETTE DOLGE, BSK StPO, Art. 126, Rz. 30; SCHMID (Fn. 7), Art. 126, Rz. 5.

¹¹⁹ Vgl. SCHMID (Fn. 7), Art. 126, Rz. 5.

¹²⁰ Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 91.

¹²¹ Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 49.

¹²² Vgl. DOLGE (Fn. 106), Art. 122, Rz. 39.

¹²³ Vgl. KETTIGER (Fn. 104), Rz. 8.

3.1.2 Nichtberücksichtigung der staatsanwaltlichen Vergleichsverhandlungen

[Rz 41] Unabhängig davon, ob im Strafverfahren adhäsionsweise Zivilforderungen geltend gemacht werden¹²⁴, kann die Staatsanwaltschaft bei Antragsdelikten Vergleichsverhandlungen führen (Art. 316 Abs. 1 StPO). Diese Regelung in der StPO entstand im Zusammenhang mit den Diskussionen über eine Einführung der Mediation im Strafverfahren; letztere wurde vom Parlament schliesslich verworfen.¹²⁵ Der Sinn und Zweck dieser Vergleichsmöglichkeit in einem frühen Stadium des Strafprozesses besteht einerseits in prozessökonomischen Gründen, andererseits im Bestreben, eine befriedigende (besser wohl: befriedende) Lösung für beide Parteien herbeizuführen, die ihnen besser dient als eine strafrechtliche Sanktion.¹²⁶ Die Staatsanwaltschaft ist frei in der Entscheidung, ob und in welchem Verfahrensstadium sie eine Vergleichsverhandlung durchführen will.¹²⁷ Sie lädt die antragstellende und die beschuldigte Person zu einer Vergleichsverhandlung vor, mit dem Ziel, einen Vergleich zu erzielen (Art. 316 Abs. 1 StPO). Wenn eine Gegenüberstellung der geschädigten und der beschuldigten Person vermieden werden soll (z.B. zum Schutz des Opfers im Sinne von Art. 152 Abs. 3 StPO), kann die Staatsanwaltschaft auch mehrmals beide Parteien getrennt anhören, um eine Einigung herbeizuführen.¹²⁸ Um den nötigen zeitlichen Freiraum für erfolgreiche Vergleichsverhandlungen zu schaffen, darf die Staatsanwaltschaft die Untersuchung während den Vergleichsverhandlungen sistieren (Art. 314 Abs. 1 Bst. c StPO).

[Rz 42] Wird eine Einigung erzielt (was strafprozessrechtlich bedeutet, dass der Strafantrag zurückgezogen wird¹²⁹), so wird der Inhalt der Einigung (nicht jedoch die Vergleichsverhandlung) im Protokoll der Vergleichsverhandlung festgehalten und von allen Beteiligten unterzeichnet (Art. 316 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft stellt anschliessend die Strafverfolgung mittels Verfügung ein (Art. 316 Abs. 3, Satz zwei; Art. 319 Abs. 1 Bst. d oder Art. 319 Abs. 2 Bst. b StPO). Leider regelt die Bundesgesetzgebung den Charakter des *Vergleichs vor der Staatsanwaltschaft* hinsichtlich seiner *Vollstreckbarkeit* nicht (anders als den Vergleich vor der Schlichtungsbehörde, der gemäss Art. 208 Abs. 2 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Entscheids hat). Als Vollstreckungstitel des Zivilrechts – und um eine zivilrechtliche Verpflichtung geht es in der Regel auch beim Vergleich vor der Staatsanwaltschaft als Gegenleistung für den Rückzug des Strafantrags – gelten grundsätzlich nur

gerichtliche Entscheide und die diesen gleichgestellten gerichtlichen Vergleiche im Sinne von Art. 208 Abs. 2, Art. 214, 217 und 241 ZPO (vgl. Art. 335 ZPO sowie Art. 80 SchKG¹³⁰). Dass in Art. 316 StPO nicht festgehalten wird, der Vergleich vor der Staatsanwaltschaft habe die Rechtswirkung eines gerichtlichen Entscheids, kann nur ein gesetzgeberisches Versehen sein. Auch die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts kann die Parteien nach Massgabe von Art. 316 zu Vergleichsverhandlungen vorladen (Art. 332 Abs. 2 StPO). Im Adhäsionsverfahren tritt das erstinstanzliche Strafgericht an die Stelle des Zivilgerichts (Art. 124 Abs. 1 StPO).¹³¹ Ein Vergleich vor dem erstinstanzlichen Strafgericht stellt somit immer einen Vergleich im Sinne von Art. 241 ZPO und damit einen Vollstreckungstitel dar. Es gibt keinen vernünftigen Grund, einen Vergleich vor der Staatsanwaltschaft rechtlich anders zu behandeln.¹³² Voraussetzung ist allerdings, dass die Anerkennung von Zivilforderungen durch die beschuldigte Person *zusätzlich im Dispositiv der Einstellungsverfügung* festgehalten wird (Art. 124 Abs. 3 i.V.m. Art. 81 Abs. 4 Bst. b und e StPO).¹³³ Dies steht mit den Grundsätzen des Zivilprozessrechts im Einklang, wonach ein vor dem Gericht geschlossener Vergleich erst mit dem verfahrensabschliessenden Entscheid Wirksamkeit zu entfalten vermag.¹³⁴

[Rz 43] Erscheint die Strafantragstellerin oder der Strafantragsteller nicht zur Vergleichsverhandlung, so wird dies als Säumnisfolge von Gesetzes wegen einem Rückzug des Strafantrags gleichgestellt (Art. 316 Abs. 1, Satz zwei StPO) und hat die Einstellung des Verfahrens von Gesetzes wegen zur Folge (Art. 319 Abs. 1 Bst. d StPO).

[Rz 44] Wenn die Vergleichsverhandlungen scheitern oder wenn die beschuldigte Person nicht zum Vergleichstermin erscheint, wird die Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft fortgesetzt (Art. 316 Abs. 4 StPO). Falls die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person anschliessend mittels eines Strafbefehls verurteilt, so wird die adhäsionsweise Zivilklage von Gesetzes wegen auf den Zivilweg verwiesen (Art. 126 Abs. 2 Bst. a StPO). Trotz des von der Staatsanwaltschaft durchgeführten Schlichtungsversuchs muss dann zuerst vor der Schlichtungsbehörde ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden (Art. 197 ZPO i.V.m. e contrario Art. 198 ZPO).¹³⁵ Gerade für Opfer von Straftaten ist dies eine zusätzliche Belastung, da das Konfrontationsverbot von Art. 152

¹²⁴ Zur Adhäsionsklage siehe vorstehend Ziffer 3.1.1.

¹²⁵ Vgl. MICHEL RIEDO, BSK StPO, Art. 316, Rz. 1-3; SCHMID (Fn. 7), Art. 316, Rz. 1.

¹²⁶ Vgl. RIEDO (Fn. 125), Art. 316, Rz. 4.

¹²⁷ Vgl. RIEDO (Fn. 125), Art. 316, Rz. 9; SCHMID, (Fn. 7), Art. 316, Rz. 4.

¹²⁸ Vgl. RIEDO (Fn. 125), Art. 316, Rz. 9, mit Hinweis auf Botschaft StPO (Fn. 58), BBl 2006 1085, S. 1268.

¹²⁹ Vgl. Botschaft StPO (Fn. 58), BBl 2006 1085, S. 1268.

¹³⁰ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1.

¹³¹ Vgl. ANNETTE DOLGE, BSK StPO, Art. 124, Rz. 1.

¹³² Vgl. DOLGE (Fn. 131), Art. 124, Rz. 9.

¹³³ Vgl. DOLGE (Fn. 131), Art. 124, Rz. 8 f.; unzutreffender Auffassung SCHMID (Fn. 7), Art. 124, Rz. 5.

¹³⁴ Vgl. PAUL OBERHAMMER, BSK ZPO, Art. 241, Rz. 11 und 12.

¹³⁵ Der Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO ist abschliessend, vgl. DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 198, Rz. 1.

Abs. 3 StPO nicht mehr zur Anwendung gelangt.¹³⁶ Aber auch sonst führt der vollkommen sinnlose, aber prozessnotwendige Schlichtungsversuch zu einer unverhältnismässigen Zusatzbelastung der Parteien, insbesondere der klagenden Partei.

[Rz 45] Art. 198 ZPO sollte dringlich mit einer Regelung ergänzt werden, welche das Erfordernis eines Schlichtungsverfahrens in den Fällen ausschliesst, in denen eine Adhäsionsklage auf den Zivilweg verwiesen wird und zuvor ein gescheiterter Vergleichsversuch durch die Staatsanwaltschaft oder durch das erstinstanzliche Strafgericht stattgefunden hat. Eine solche Ergänzung durch einen Buchstaben i könnte wie folgt lauten: «wenn ein Vergleichsversuch gemäss Artikel 316 Absatz 4 der Strafprozessordnung scheiterte und die Zivilklage von den Strafbehörden auf den Zivilweg verwiesen wird.» Im gleichen Zug könnte Art. 316 StPO durch einen Absatz 3^{bis} in Anlehnung an Art. 208 Abs. 3 ZPO wie folgt ergänzt werden: «Für die Zivilklage haben ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein vorbehaltloser Klagerückzug die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids.»

3.1.3 Wiederaufnahme nach dem Zivilprozess

[Rz 46] Einer rechtskräftigen Einstellungsverfügung kommt die Wirkung eines freisprechenden Endentscheids zu (Art. 320 Abs. 4 StPO). Allerdings ist auch eine gültig erlassene und rechtskräftige Einstellungsverfügung nicht durchwegs rechtsbeständig. Die Staatsanwaltschaft muss die Wiederaufnahme eines rechtskräftig beendeten Verfahrens verfügen, wenn ihr neue Beweismittel oder Tatsachen bekannt werden, die (kumulativ) für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen und sich nicht aus den früheren Akten ergeben (Art. 323 Abs. 1 StPO). Da die Zivilgerichte zur Rechtshilfe an die Staatsanwaltschaft verpflichtet sind (Art. 44 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 StPO)¹³⁷, ist es grundsätzlich möglich, dass die Wiederaufnahme der Strafverfolgung im Sinne von Art. 323 StPO auf der Grundlage von Akten eines Zivilprozesses erfolgt. Im Zivilprozess gelten andere Regeln für den Beweis. Es stellt sich die Frage, ob nach einer Einstellung mit Verweisung der Zivilklage auf den Zivilweg eine Wiederaufnahme der Strafverfolgung auf der Grundlage des inzwischen durchgeführten Zivilprozesses erfolgen darf. Im Zivilprozess sind die Parteien in umfassender Weise zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 160 i.V.m. Art. 190 und 191 ZPO). Sie haben auch als beklagte Partei – anders als im Strafverfahren als beschuldigte Person und im Unterschied zu Drittpersonen als Zeuginnen und Zeugen (Art. 166 ZPO, ins. Art. 166 Abs. 1 Bst. a ZPO) – kein Recht, die Mitwirkung zum Selbstschutz zu verweigern, selbst dann nicht, wenn sie sich strafbar machen würden (e contrario Art. 163 ZPO).¹³⁸ Die Parteien sind somit im Rahmen der Parteibefra-

gung (Art. 191 ZPO) und der Beweisaussage (Art. 192 ZPO) unter Strafandrohung zur Wahrheit verpflichtet, auch wenn sie sich mit ihrer Aussage selber einer strafbaren Handlung bezichtigen müssen.

[Rz 47] Die Relevanz der Frage vermag das folgende Beispiel zu veranschaulichen: Im Verwaltungsgebäude eines privaten Unternehmens wird ein kleineres Kunstobjekt entwendet. Auf der Grundlage der elektronischen Zugangskontrolle steht fest, dass als Täterinnen und Täter nur die sechs Personen des eigenen Reinigungspersonals in Frage kommen, die sich während der möglichen Tatzeit nachweislich als einzige im fraglichen Gebäude befanden. Die Unternehmung stellt Strafantrag wegen Diebstahls (Art. 139 StGB), eventuell Veruntreuung (Art. 138 StGB) gegen unbekannte Täterschaft und macht adhäsionsweise den Schaden aus dem Verlust des Kunstobjekts als Zivilforderung geltend. Die Staatsanwaltschaft führt mit allen Beschuldigten Einvernahmen durch; diese verweigern alle rechtmässig ihre Aussage zur Sache (Art. 180 Abs. 1 i.V.m. Art. 178 Bst. d und e StPO). Daraufhin stellt die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung gegen die sechs beschuldigten Personen ein, weil keiner dieser Personen die Straftat nachgewiesen werden kann (Art. 319 Abs. 1 Bst. a StPO) und verweist die Zivilklage auf den Zivilweg (Art. 126 Abs. 12 Bst. a StPO). Das geschädigte Unternehmen schlägt den Zivilweg ein und reicht nach einem fruchtlosen Schlichtungsversuch Klage gegen alle sechs Personen beim zuständigen Zivilgericht ein. Das Gericht führt mit jeder der sechs beklagten Personen eine Beweisaussage (Art. 192 ZPO) durch. Auf diese Weise kann unzweifelhaft ermittelt werden, dass eine der sechs Personen das Kunstobjekt entwendet und inzwischen ins Ausland verbracht hat. Diese Person wird zur Zahlung des Schadenersatzes und der Kosten verurteilt. Im Anschluss an den Zivilprozess verfügt die Staatsanwaltschaft, ausgehend vom Hinweis des geschädigten Unternehmens und auf der Grundlage der rechtshilfeweisen Edition der Zivilakten (als neue Akten im Sinne von Art. 323 Abs. 1 Bst. b StPO) die Wiederaufnahme des eingestellten Verfahrens.

[Rz 48] Das Beispiel zeigt auf, dass der Zivilprozess ohne weiteres von einer geschädigten Person oder einer Privatklägerin bzw. einem Privatkläger legal zur Umgehung des in der StPO verankerten Rechts des Beschuldigten, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen (nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere), genutzt werden kann. Dieses Recht der beschuldigten Person stellt aber ein verfassungsmässiges Recht dar, das in Art. 31 BV verankert ist.¹³⁹ Angesichts von Art. 190 BV könnte das durch zwei Bundesgesetze, nämlich die StPO im Zusammenspiel mit der ZPO, abgedeckte Vorgehen wohl selbst durch das Bundesgericht nicht gerügt und eine auf diese Weise zustande gekommene strafrechtliche Verurteilung nicht aufgehoben werden.

¹³⁶ Vgl. dazu auch nachfolgend Ziffer 3.3.1.

¹³⁷ Vgl. SCHMID (Fn. 7), Art. 43, Rz. 2.

¹³⁸ Vgl. GASSER/RICKLI (Fn. 135), Art. 163, Rz. 1; ERNST F. SCHMID, BSK ZPO,

Art. 163, Rz. 5-6.

¹³⁹ Vgl. BIAGGINI (Fn. 35), Art. 31, Rz. 5.

Dies ist umso bedenklicher, als bereits im Vorverfahren der Gesetzgebung zur ZPO am fehlenden Selbstschutz der Parteien Kritik angebracht wurde.¹⁴⁰ Das Recht der beschuldigten Person, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, ist nun aber zusätzlich auch durch Art. 6 Abs. 1, erster Satz der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁴¹ garantiert. Dieses Recht ist zwar nicht ausdrücklich im Wortlaut von Art. 6 EMRK erwähnt, ergibt sich aber aus dem Grundsatz eines fairen Verfahrens und entspricht allgemein anerkannten internationalen Standards.¹⁴² Der weitgehend fehlende Selbstschutz der Parteien im Zivilprozess wurde vom Gesetzgeber bewusst gewählt und in der ZPO gesetzlich verankert. Dass dieser in seiner Reflexwirkung auf den Strafprozess zu einer Verletzung von Art. 6 EMRK und damit von Völkervertragsrecht führen könnte, wurde aber im Gesetzgebungsverfahren nie thematisiert, jedenfalls fehlen entsprechende ausdrückliche Hinweise in der Botschaft¹⁴³ und in den bekannten Publikationen, die sich kritisch dazu äusserten¹⁴⁴. Mithin hat der Gesetzgeber nicht bewusst eine Zivil- und Strafprozessgesetzgebung beschlossen, welche in bestimmten Fällen eine völkerrechtswidrige Praxis ermöglicht. Die herrschende Lehre und die Bundesgerichtspraxis gehen grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts aus und verlangen eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts.¹⁴⁵ Im vorliegenden Fall würde der Schutz von Art. 6 EMRK selbst der sogenannten «Schubert-Praxis» des Bundesgerichts¹⁴⁶ Stand halten. Mithin kann festgehalten werden, *dass Erkenntnisse aus einem Zivilprozess, die gesetzeskonform, aber in Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes gewonnen wurden, im Strafverfahren nicht verwendet werden dürfen.*

[Rz 49] Eine Anpassung der Prozessgesetze drängt sich nicht auf, weil eine grundrechts- und völkerrechtskonforme Anwendung in der Praxis durch die Strafbehörden – unter direkter Berufung auf Art. 31 BV und Art. 6 EMRK – auch ohne Gesetzesänderung möglich ist. Eine allfällige Anpassung der Bundesgesetzgebung sollte nicht durch eine Anpassung des Selbstschutzes im Zivilprozess erfolgen; die im Vorverfahren der Gesetzgebung zur ZPO geäusserten Befürchtungen hinsichtlich der Schwächung der Durchsetzungsmöglichkeiten

von zivilrechtlichen Forderungen¹⁴⁷ sind begründet. Die völkerrechtskonforme Ausgestaltung der Prozessgesetzgebung müsste dergestalt erfolgen, dass in der StPO an geeigneter Stelle ausdrücklich festgehalten wird, dass belastende Erkenntnisse aus dem Zivilprozess, die in Verletzung der Schutzbestimmungen der StPO gewonnen wurden, im Strafverfahren nicht verwertet werden dürfen und insbesondere nicht zu einer Wiederaufnahme der Strafverfolgung im Sinne von Art. 323 StPO führen dürfen.

3.2 Verwendung von Straftakten im Zivilprozess?

[Rz 50] Im Zivilprozess herrscht der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) und Beweise sind entsprechend der Verhandlungsmaxime dem Gericht primär durch die Verfahrensparteien anzutragen (Art. 152 ZPO).¹⁴⁸ In bestimmten Fällen darf bzw. muss ein Zivilgericht allerdings Beweise auch von Amtes wegen erheben (Art. 153 ZPO). Ungeachtet dieser Grundsätze der Beweiserhebung können Straftakten Informationen enthalten, die in einem Zivilprozess entscheidend relevant sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn im Strafverfahren eine Adhäsionsklage¹⁴⁹ geltend gemacht, die Zivilklage aber in Anwendung von Art. 126 Abs. 2 und 3 auf den Zivilweg verwiesen wird. Die Staatsanwaltschaft darf nämlich in solchen Fällen in beschränktem Mass Beweise erheben, die ausschliesslich der Durchsetzung der Zivilklage dienen (Art. 313 StPO). Der Urkundenbeweis ist im Zivilprozess ausdrücklich vorgesehen (Art. 177 ZPO). Mithin kann im Zivilprozess eine Edition von Straftakten zu Beweis-zwecken erforderlich sein.

[Rz 51] Die Regelungen über die innerstaatliche Rechtshilfe bieten keine Rechtsgrundlage für eine Edition von Straftakten. Einerseits verpflichtet die ZPO nur Gerichte zur gegenseitigen Rechtshilfe (Art. 194 und 196 ZPO) und es dürfte bei einer vorwiegend systematischen Auslegung der ZPO sogar davon ausgegangen werden, dass damit nur Zivilgerichte im Sinne von Art. 2 ZPO gemeint sind. Andererseits regelt Art. 43 ff. StPO ausschliesslich die Rechtshilfe (anderer Behörden) zu Gunsten der Tätigkeit der Strafbehörden, insbesondere der Strafverfolgungsbehörden.¹⁵⁰ Nicht geregelt ist durch Art. 43 ff. StPO damit die Rechtshilfe der Strafbehörden zu Gunsten anderer Behörden (z.B. Zivilgerichte); die StPO enthält diesbezüglich keine allgemeine Verpflichtung.¹⁵¹ Mithin bedürfte die Edition von Straftakten zu Gunsten

¹⁴⁰ Vgl. E.F. SCHMID (Fn. 138), Art. 163, Rz. 6, mit Hinweisen.

¹⁴¹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

¹⁴² Vgl. JENS MEYER-LADEWIG, EMRK Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 6, Rz. 131.

¹⁴³ Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 (Botschaft ZPO), BBl 2006 7221, S. 7317 und 7411.

¹⁴⁴ Vgl. ISAAK MEIER/DIANA MÜRNER, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 2003, S. 601.

¹⁴⁵ Vgl. ANDREAS S. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 2. Aufl., Bern 2011, Rz. 281-284, S. 123 ff.

¹⁴⁶ Vgl. ZIEGLER (Fn. 145), Rz. 284, S. 124 f.; ausführlich ANNE PETERS, Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2008, 8/36, S. 201 f.

¹⁴⁷ Vgl. E.F. SCHMID (Fn. 138), Art. 163, Rz. 5; Botschaft ZPO (Fn. 143), BBl 2006 7221, S. 7317.

¹⁴⁸ Vgl. GASSER/RICKLI (Fn. 135), Art. 153, Rz. 1; PETER GUYAN, BSK ZPO, Art. 153, Rz. 1.

¹⁴⁹ Zur Adhäsionsklage vgl. vorstehend Ziffer 3.1.1.

¹⁵⁰ Vgl. auch STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, Zürich 2010, Art. 43, Rz. 8.

¹⁵¹ Vgl. SCHMID (Fn. 7), Art. 43, Rz. 3; DERS., Art. 101, Rz. 14.

eines Zivilprozesses einer besonderen Rechtsgrundlage im Strafprozessrecht.

[Rz 52] Bezüglich der *Akten von hängigen Strafverfahren* sieht Art. 101 Abs. 2 StPO die Einsichtnahme durch andere Behörden (darin eingeschlossen die Zivilgerichte) ausdrücklich vor, wenn diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigt werden und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Weiter erlaubt Art. 96 StPO ausdrücklich auch die Bekanntgabe von Personendaten aus hängigen Strafverfahren, wenn diese in einem anderen hängigen Verfahren wesentliche Aufschlüsse geben können (Art. 96 Abs. 1 StPO). Eine Edition von Strafakten durch das Zivilgericht ist somit problemlos, solange die betreffende Strafverfolgung noch nicht abgeschlossen ist.

[Rz 53] Die Einsicht in *Akten von abgeschlossenen Strafverfahren* richtet sich nach dem für die betreffende Strafbehörde massgeblichen Datenschutzrecht des Bundes und der Kantone.¹⁵² Das Datenschutzrecht sieht in der Regel aber kein Einsichtsrecht einer Behörde vor und erlaubt die Edition von Strafakten eines abgeschlossenen Verfahrens mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage grundsätzlich nicht. *Eine Edition von Strafakten durch das Zivilgericht ist somit in diesen Fällen in der Regel nicht möglich.* Dies betrifft nun aber insbesondere alle Fälle von Adhäsionsklagen aus Strafverfahren, die auf den Zivilweg verwiesen wurden, denn die Verweisung auf den Zivilweg erfolgt oft im Rahmen eines verfahrensabschliessenden Entscheids (Art. 126 Abs. 2 Bst. a und d sowie Abs. 3 StPO). Mithin hat das Zivilgericht in der Regel keinen direkten Zugriff auf Beweismassnahmen, welche die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Strafverfolgung ausschliesslich zu Zwecken der Durchsetzung der Zivilklage erhoben hat (Art. 313 StPO). Für den Ausgang des Zivilprozesses wird dieses gesetzgeberische Versehen in der Regel trotzdem nicht von Bedeutung sein: Die Parteien des Zivilprozesses, welche zuvor Parteien des Strafverfahrens waren, haben ein persönliches Recht, in die Akten des abgeschlossenen Verfahrens Einsicht zu nehmen und diese zu kopieren. Sie können sich somit eine Kopie der beweisrelevanten Strafakten verschaffen und entsprechend dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime beim Zivilgericht einreichen (Art. 152 ZPO). Ganz ohne Tücken ist die Sache allerdings nicht. Die Beschaffung über ein Gesuch um Einsicht in eigene Akten bedarf in der Regel einer gewissen Zeit und kann einen Zivilprozess erheblich verzögern. Zudem kann sich die zuständige kantonale Behörde (i.d.R. die Staatsanwaltschaft) auf den Standpunkt stellen, das Datenschutzrecht erlaube eine Einsicht wegen der in den Akten enthaltenen Personendaten Dritter nicht bzw. nur mit deren Zustimmung.

[Rz 54] Insgesamt wäre es im Interesse einer effizienten

Abwicklung des Zivilprozesses zu begrüssen, wenn der Bundesgesetzgeber eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Edition von Akten aus abgeschlossenen Strafverfahren zu Gunsten der Zivilgerichte schaffen würde.

3.3 Opferschutz im Zivilprozess

3.3.1 Fehlender Opferschutz im nachgelagerten Zivilprozess

[Rz 55] Dem Opfer einer Straftat im Sinne von Art. 116 StPO werden im Strafverfahren *weit gehende Schutzrechte* zugestanden (siehe Art. 117 StPO), namentlich das Recht auf Persönlichkeitsschutz (Art. 70 Abs. 1 Bst. a, 74 Abs. 4, 152 Abs. 1 StPO), das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson (Art. 70 Abs. 2, 152 Abs. 2 StPO), das Recht auf Schutzmassnahmen (Art. 152–154 StPO), das Recht auf Aussageverweigerung (Art. 169 Abs. 4 StPO), das Recht auf Information (Art. 305 und 330 Abs. 3 StPO) sowie das Recht auf eine besondere Zusammensetzung des Gerichts (Art. 335 Abs. 4 StPO). Bezüglich einer Adhäsionsklage¹⁵³ sieht Art. 125 StPO zudem bei Opfern die Befreiung von Sicherheitsleistungen vor.

[Rz 56] Für das Opfer steht oft der Ersatz des ihm durch die Straftat erwachsenen materiellen Schadens im Vordergrund, nicht die Bestrafung der Täterschaft.¹⁵⁴ Deshalb ist für das Opfer die adhäsionsweise anhängig gemachte Zivilklage oft von erheblicher Bedeutung.

[Rz 57] Wenn die Beurteilung der Straftat durch ein *Gericht* erfolgt, so beurteilt dieses in der Regel auch die Zivilklage (Art. 124 Abs. 1 und Art. 126 StPO). Die Beurteilung der Zivilklage erfolgt damit vollständig im Rahmen des Strafprozesses und die dem Opfer zustehenden Schutzrechte (Art. 117 StPO) kommen auch hinsichtlich der Behandlung der Zivilklage vollumfänglich zur Anwendung. In Fällen, in denen ein Opfer beteiligt ist, kann das Gericht zudem vorerst nur den Schuld- und Strafpunkt beurteilen; anschliessend beurteilt die Verfahrensleitung als Einzelgericht nach einer weiteren Parteiverhandlung die Zivilklage, ungeachtet des Streitwerts (Art. 126 Abs. 4 StPO). Auch hinsichtlich dieser einzelrichterlichen Beurteilung der Zivilklage finden die Schutzrechte (Art. 117 StPO) des Opfers Anwendung.

[Rz 58] Anders sieht es aus, wenn die *Zivilklage des Opfers auf den Zivilweg verwiesen* wird. Dies ist immer der Fall, wenn die Strafverfolgung durch einen *Endentscheid der Staatsanwaltschaft* abgeschlossen wird (Art. 126 Abs. 2 Bst. a StPO). Auch das die Strafsache beurteilende Gericht kann in bestimmten Fällen die Beurteilung der Zivilklage auf den Zivilweg verweisen (Art. 126 Abs. 2 Bst. b und c sowie Abs. 3

¹⁵² Vgl. MARKUS SCHMUTZ, BSK StPO, Art. 101, Rz. 4; dies ergibt sich für Personendaten auch aus Art. 99 Abs. 1 StPO.

¹⁵³ Zur Adhäsionsklage vgl. vorstehend Ziffer 3.1.1.

¹⁵⁴ Vgl. SCHWANDER (Fn. 87), S. 106 f. und die dort zitierte Studie.

StPO).¹⁵⁵ Angesichts der in Art. 352 Abs. 1 StPO festgelegten recht hohen Strafbefugnisse einerseits und der herrschenden Strafpraxis andererseits ist zu erwarten, dass eine sehr grosse Zahl von Fällen, an denen Opfer beteiligt sind und Zivilklage einreichen, im *Strafbefehlsverfahren* erledigt werden. Dies dürfte in der Regel gerade auch bei den *Straftaten im häuslichen Nahbereich*, welche der Gesetzgeber mit der Änderung des StGB vom 3. Oktober 2003 (Strafverfolgung in der Ehe und in der Partnerschaft)¹⁵⁶ offiziellisiert hat (Art. 123, 126, 180, 181, 189 und 190 StGB)¹⁵⁷, der Fall sein. Die Folge ist, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle die Zivilklagen von Opfern nicht im Rahmen des Strafprozesses durch das Gericht beurteilt, sondern die Zivilklagen auf den Zivilweg verwiesen werden (Art. 126 Abs. 2 Bst. a StPO), dies gerade auch in Fällen, in welchen ein Geständnis der Täterin oder des Täters vorliegt oder der Sachverhalt anderweitig vollständig geklärt ist (Art. 352 Abs. 1 StPO) und deshalb eine strafrechtliche Verurteilung erfolgen kann. Für das Opfer treten damit hinsichtlich seiner Zivilklage alle bereits erwähnten Erschwerungen auf Grund von Schnittstellenproblemen zwischen der StPO und der ZPO ein.¹⁵⁸

[Rz 59] Insbesondere aber bedeutet die Verweisung der Zivilklage auf den Zivilweg den *Verlust sämtlicher Schutzrechte (Art. 117 StPO)*, denn der Zivilprozess kennt in der Schweiz keinen Opferschutz. Besonders betroffen sind Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität, denn die Rechte aus Art. 153 StPO gehen verloren. Dies betrifft auch das absolute Recht des Opfers einer *Straftat gegen die sexuelle Integrität*, Aussagen zu Fragen zu verweigern, die seine Intimsphäre betreffen (Art. 169 Abs. 4 StPO), da einerseits bei der Parteibefragung grundsätzlich keine Möglichkeit zur Aussagenverweigerung besteht (Art. 191 ZPO) und da andererseits Art. 163 ZPO nur die übrigen Aussageverweigerungsgründe aus Art. 169 StPO übernimmt. Auch die Ansprüche hinsichtlich der geschlechtergerechten Zusammensetzung des Gerichts (Art. 335 Abs. 4 StPO) entfallen, da die ZPO keine entsprechende Regelung kennt. Die ZPO enthält zudem kein Konfrontationsverbot analog zu Art. 152 Abs. 3 StPO. Ob die Möglichkeit der Wahrung schutzwürdiger Interessen im zivilrechtlichen Beweisverfahren gemäss Art. 156 ZPO den verlorenen Schutz für das Opfer auch nur teilweise zu kompensieren vermag, muss in Zweifel gezogen werden, denn die Anwendung dieser Bestimmung liegt – anders als der Opferschutz im Strafverfahren – im Ermessen des Gerichts¹⁵⁹ und der Gesetzgeber hat bei der Schaffung der Norm nicht in

erster Linie an die Opfer von Straftaten gedacht.¹⁶⁰ Auch das Recht des Opfers, sich durch Vertrauenspersonen begleiten zu lassen (Art. 70 Abs. 2 StPO), fällt wohl dahin.

[Rz 60] Das schweizerische *Opferhilferecht* kannte nie einen Opferschutz im Zivilprozess. Aber es bot bis zum Inkrafttreten von ZPO und StPO einen wesentlich besseren Schutz der Opfer bei der Verfolgung ihrer Zivilforderungen aus der Straftat. Das Opferhilferecht stellte durch entsprechende Regelungen (Art. 9 Abs. 1 aOHG; Art. 38 Abs. 1 OHG¹⁶¹) den Grundsatz der gleichzeitigen Behandlung und Beurteilung von Straf- und Zivilpunkt sicher.¹⁶² Hätte die vollständige Beurteilung der Zivilansprüche einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert, so konnte das Strafgericht die Ansprüche dem Grundsatz nach entscheiden und das Opfer im Übrigen auf den Zivilweg verweisen (Art. 9 Abs. 3 aOHG; Art. 38 Abs. 3 OHG¹⁶³). Das Strafgericht konnte die Zivilklage – anders als heute gestützt auf Art. 126 Abs. 2 Bst. b und c StPO – somit nicht vollständig auf den Zivilweg verweisen; das Opfer hatte einen gesetzlichen Anspruch auf Beurteilung der Zivilklage dem Grundsatz nach durch das Strafgericht.¹⁶⁴ Weiter hielt das Gesetz fest, dass Forderungen von geringer Höhe vom Strafgericht nur ausnahmsweise auf den Zivilweg verwiesen werden sollen. Als Richtlinie sollte dabei gelten, dass Forderungen unterhalb der Berufungsschwelle immer abschliessend durch das Strafgericht beurteilt werden.¹⁶⁵

[Rz 61] Das frühere Opferhilferecht kannte für das *Strafbefehlsverfahren* eine Ausnahme vom Grundsatz der gleichzeitigen Behandlung und Beurteilung von Straf- und Zivilpunkt. Demnach konnten *die Kantone* für Zivilansprüche im Strafbefehlsverfahren vom Bundesrecht abweichende Regelungen erlassen (Art. 9 Abs. 4 aOHG; Art. 38 Abs. 4 OHG¹⁶⁶). Die Anwendung der bundesrechtlichen Regelungen war indessen nur ausgeschlossen, wenn und soweit die Kantone von der Regelungskompetenz Gebrauch machten.¹⁶⁷ Einige Kantone schöpften die Kompetenz differenziert aus, indem sie beispielsweise den Erlass eines Strafbefehls ausschlossen, wenn der Streitwert der Zivilforderung über einem bestimmten Schwellenwert lag.¹⁶⁸ Der Kanton Bern sicherte die Rechte aller Geschädigten (nicht nur der Opfer i.e.S.) der Straftat

¹⁵⁵ Vgl. die Übersicht bei DOLGE (Fn. 118), Art. 126, Rz. 6.

¹⁵⁶ AS 2003 1403.

¹⁵⁷ Vgl. SCHWANDER (Fn. 87), S. 140 ff.; ROBERT COLOMBI, *Häusliche Gewalt – die Offizialisierung im Strafrecht am Beispiel der Stadt Zürich*, Zürich 2009, insb. S. 77 ff.

¹⁵⁸ Vgl. vorstehend Ziffern 3.1.1, 3.1.2 und 3.2.

¹⁵⁹ Vgl. PETER GUYAN, BSK ZPO, Art. 156, Rz. 2.

¹⁶⁰ Vgl. Katalog der Anwendungsfälle bei GUYAN (Fn. 159), Art. 156, Rz. 2.

¹⁶¹ In der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen Fassung.

¹⁶² Vgl. SABINE STEIGER-SACKMANN, in: Peter Gomm/Dominik Zehnter, SKH OHG, 1. Aufl., Bern 2005, Art. 9, Rz. 1; NIKLAUS TAMM, in: Peter Gomm/Dominik Zehnter, SKH OHG, 3. Aufl., Bern 2009, Art. 38, Rz. 21, mit Hinweis auf BGE 131 IV 183 E. 2.2.

¹⁶³ In der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen Fassung; die Regelung entspricht Art. 126 Abs. 3 StPO.

¹⁶⁴ Vgl. TAMM (Fn. 162), Art. 38, Rz. 27.

¹⁶⁵ Vgl. STEIGER-SACKMANN (Fn. 162), Art. 9, Rz. 27.

¹⁶⁶ In der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen Fassung.

¹⁶⁷ Vgl. STEIGER-SACKMANN (Fn. 162), Art. 9, Rz. 38.

¹⁶⁸ Vgl. STEIGER-SACKMANN (Fn. 162), Art. 9, Rz. 38, mit Hinweis auf Art. 181 Abs. 1 Bst. d des Strafprozessgesetzes vom 1. Juli 1999 des Kantons St. Gallen.

dahingehend, dass er die Durchführung des Strafbefehlsverfahrens (Strafmandatsverfahrens) ausschloss, wenn adhäsi-onsweise Zivilforderungen geltend gemacht wurden.¹⁶⁹ Mindestens ein Kanton legte fest, dass die Staatsanwaltschaft in ihrem Zuständigkeitsbereich über die Zivilklagen auch im Rahmen des Strafbefehls entscheiden kann.¹⁷⁰ Eine weitere Variante der kantonalen Regelung bestand darin, dass im Strafbefehlsverfahren die Zivilklage nur dann auf den Zivilweg verwiesen werden durfte, wenn sie nicht liquid war.¹⁷¹ Einige Kantone legten auch fest, dass bei Erledigung der Strafsache im Strafbefehlsverfahren die Zivilklage generell auf den Zivilweg verwiesen wird.¹⁷² In den meisten Kantonen und insgesamt hat sich mit dem Inkrafttreten von ZPO und StPO somit die Situation der Opfer hinsichtlich des Schutzes bei der Geltendmachung von Zivilansprüchen verschlechtert.

[Rz 62] Nach der hier vertretenen Auffassung bedürfen die Schutzrechte der Opfer dringlich einer Erweiterung auf den Zivilprozess. Die heutige Rechtslage verhindert, dass die Opfer ohne Preisgabe ihres Schutzes zu den ihnen rechtmässig zustehenden Zivilansprüchen kommen können. In zahlreichen Fällen wird sich somit das Opfer entscheiden müssen, ob es seine Zivilklage unter Preisgabe seiner Schutzrechte und unter allfälliger Erleidung einer Sekundärviktimsierung im Zivilprozess durchsetzen oder zu seinem Schutz auf die Forderungen verzichten will. Dies kann nicht das Ergebnis wohlverstandener Opferhilfe sein.

3.3.2 Krisenintervention nach Art. 28b ZGB

[Rz 63] Das Zustimmungserfordernis für die Meldung von Opferdaten an Beratungsstellen gilt auch für das polizeiliche Handeln im Rahmen der Krisenintervention nach Art. 28b Abs. 4 ZGB. Die Kantone haben diesbezüglich keinen Handlungsfreiraum, obwohl dies auf Grund der bundesrechtlichen Regelung nicht auf den ersten Blick erkennbar ist. Es wird auf die Ausführungen in Ziffer 2.5 verwiesen.¹⁷³

4. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Plädoyer für eine aktive Rolle des Bundesgesetzgebers

[Rz 64] Wie in den vorstehenden Ausführungen aufgezeigt wird, besteht hinsichtlich zahlreicher Schnittstellen

gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Die Liste der problematischen Schnittstellen ist – wie eingangs erwähnt¹⁷⁴ – nicht vollständig. Der aufgezeigte gesetzgeberische Handlungsbedarf ist von unterschiedlicher Dringlichkeit.

[Rz 65] Für den Bundesgesetzgeber bieten sich folgende Vorgehensvarianten an:

- Abwarten, bis ein erheblicher Handlungsdruck entsteht und die problematischen Schnittstellen entweder in der Lehre in erheblichem, auch für die Politik wahrnehmbaren Masse kritisiert werden oder bis allenfalls das Bundesgericht auf die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns hinweist.
- Pro-aktives und systematisches Angehen von Schnittstellenproblematiken der neuen Prozessgesetzgebung und allenfalls Nachbesserung der Rechtsnormen.

[Rz 66] In Deutschland wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten, das Parlament habe die (Rechts-)Pflicht zur Nachbesserung von Gesetzen, wenn sich am Gesetz ein verfassungsrechtlicher Mangel zeigt und der Gesetzgeber nicht nachweisen kann, dass er im Vorverfahren alle in seiner Möglichkeit stehenden Abklärungen unternommen hat, die zur Vermeidung des Mangels hätten führen können (sog. Nachbesserungspflicht).¹⁷⁵ Auch in der Schweiz setzt sich in jüngerer Zeit die Auffassung langsam durch, Mängel in der Gesetzgebung sollten systematisch erfasst werden¹⁷⁶ und dies müsse allenfalls zur Korrektur der betreffenden Normen führen.¹⁷⁷ Zu den legistischen Grundsätzen guter Gesetzgebung gehört die Kohärenz; staatliche Regulierung soll widerspruchsfrei sein.¹⁷⁸ Die aufgezeigten Schnittstellenprobleme weisen auf eine mangelhafte Kohärenz der Prozessgesetzgebung hin. Diese mangelnde Kohärenz kann in der Praxis zu Ergebnissen führen, die widersprüchlich sind, in der Bevölkerung nicht verstanden werden und die Akzeptanz der Gesetzgebung – ein weiteres Element guter Gesetzgebung¹⁷⁹ – gefährden. Gefährdet wird damit letztlich auch die Glaubwürdigkeit unseres Rechtsstaats und der Justiz. Vom Gesetzgeber darf somit bezüglich der aufgezeigten Schnittstellenprobleme eine aktive Rolle erwartet werden.

Mag. rer. publ. Daniel Kettiger ist Rechtsanwalt, Berater und

¹⁶⁹ Vgl. Art. 263 Ziff. 1 StrV; vgl. THOMAS MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003, S. 414.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 48 Abs. 1 und Art. 161 Abs. 2 der Strafprozessordnung vom 29. April 1980 des Kantons Uri.

¹⁷¹ Vgl. Verordnung über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 9. März 1973 des Kantons Obwalden.

¹⁷² Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 1 Bst. b der Strafprozessordnung (StPO) vom 14. November 1996 des Kantons Freiburg; Art. 28 Abs. 2 der Verordnung über den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 11. Januar 1989 des Kantons Nidwalden.

¹⁷³ Umfassend zu dieser Problematik KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 85), Rz. 59 ff.

¹⁷⁴ Vgl. vorstehend Ziffer 1.

¹⁷⁵ Vgl. GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, Rz. 56 f., S. 41 f.; AXEL BURGHART, Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1996, S. 201 ff.

¹⁷⁶ Vgl. MÜLLER (Fn. 175), Rz. 81, S. 55.

¹⁷⁷ Vgl. MÜLLER (Fn. 175), Rz. 171, S. 110 f.

¹⁷⁸ Vgl. LUZIUS MADER, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht, ZSR, NF 123, II, 2004, S. 145.

¹⁷⁹ Vgl. MADER (Fn. 178), S. 142 f.

Justizforscher in Bern; er war Gesetzesredaktor der Einführungsgesetzgebung zur StPO im Kanton Zug.

* * *