

**Luzerner Beiträge zur
Rechtswissenschaft**

Herausgegeben von Jörg Schmid

Doris Hutzler

Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren

**Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen
und deutschen Regelungen, unter besonderer
Berücksichtigung der Geständnisfunktion**

Band 51



Nomos

Schulthess 

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Band 51

Luzerner Dissertation bei Prof. Dr. Jürg-Beat Ackermann

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 51

Doris Hutzler

Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren

**Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen
und deutschen Regelungen, unter besonderer
Berücksichtigung der Geständnisfunktion**



Nomos

Schulthess § 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2010

ISBN 978-3-7255-6208-4 Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf

ISBN 978-3-8329-6330-9 NOMOS Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden

www.schulthess.com

www.nomos.de

Vorwort

Ich bedanke mich herzlich bei meinem Doktorvater *Prof. Dr. Jürg-Beat Ackermann*, Universität Luzern, für die fortwährende Betreuung bei der Entwicklung des Projekts, die motivierenden Gespräche und kritischen Rückmeldungen sowie bei *Prof. em. Dr. Friedrich Dencker*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, dem ich den Zugang zum deutschen Strafprozessrecht überhaupt erst verdanke und der sich freundlicherweise als Zweitgutachter zur Verfügung gestellt hat. Danken möchte ich ausserdem *Prof. Dr. Felix Bommer*, der die Leitung des Kolloquiums übernommen hat.

Ebenfalls Dank gebührt dem Lehrstuhl von *Prof. Dr. Mark Deiters* am Kriminalwissenschaftlichen Institut der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, wo ich sehr herzlich aufgenommen wurde. *Dr. Anna Helena Albrecht* möchte ich im Speziellen für die vielen Stunden des praktischen rechtsvergleichenden Austauschs im Bispinghof danken.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch dem *Schweizerischen Nationalfonds*, der mir mit einem Forschungsstipendium den einjährigen Aufenthalt in Münster ermöglicht hat.

Schliesslich gilt mein Dank meiner Familie und all jenen, die mir nahe stehen und die mich vom ersten bis zum letzten Tag des Doktorats unterstützt und motiviert haben.

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2010 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern als Dissertation angenommen. Literatur und Judikatur wurden bis Juni 2010 berücksichtigt.

Chicago, im November 2010

Doris Hutzler

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XV
Materialienverzeichnis	XXXV
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Einleitung	1
1. Problematik und Ausgangslage	2
2. Ziel und Gang der Untersuchung	9
3. Untersuchungsmethode Rechtsvergleichung	9
4. Terminologie	11
5. Themenbeschränkung	12
1. Teil: Grundlagen des Strafbefehlsverfahrens	13
1. Systematik	13
2. Entwicklung	23
3. Stellung innerhalb der vereinfachten Verfahren	32
4. Praktische Relevanz	51
2. Teil: Wesen und Defizite des Strafbefehlsverfahrens	55
1. Fehlen der Hauptverhandlung	56
2. Qualität des Vorverfahrens	67
3. Schuldüberzeugung oder hinreichender Tatverdacht	87
4. Wesen, Inhalt und Wirkung des Strafbefehls	95
5. Strafbefehlsbehörde und Strafbefehlsverfahren i.e.S.	113
6. Anhörung des Beschuldigten	135
7. Stellung des Verletzten	140
8. Zusammenfassung	148
3. Teil: Systemimmanenter Ausgleich der Defizite	151
1. Vorteile	151
2. Strukturelle Sicherungen	158

3. Zusammenfassung	207
4. Teil: Geständnis als Voraussetzung	209
1. Phänomen Geständnis	209
2. Relevanz im Kontext des Strafbefehlsverfahrens	210
3. Geständnis und Gesetzessystematik	220
4. Definitionsversuche	225
5. Funktionen des Geständnisses	228
6. Einteilungskriterien als Definitionshilfe	235
7. Geständnisvoraussetzung als Defizit?	239
8. Fazit	242
Zusammenfassung	245
Anhang	251
Sachregister	259

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XV
Materialienverzeichnis	XXXV
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Einleitung	1
1. Problematik und Ausgangslage	2
2. Ziel und Gang der Untersuchung	9
3. Untersuchungsmethode Rechtsvergleichung	9
4. Terminologie	11
5. Themenbeschränkung	12
1. Teil: Grundlagen des Strafbefehlsverfahrens	13
1. Systematik	13
1.1 Abkehr vom reformierten Strafprozess?	13
1.1.1 Verfahrensziele des reformierten Strafprozesses	13
1.1.2 Verfahrensprinzipien im reformierten Strafprozess	14
1.1.3 Neue Prozesstheorien	15
1.2 Besondere Verfahrensart	17
1.3 Anwendbare Bestimmungen	18
1.4 Sinn und Zweck	19
2. Entwicklung	23
2.1 Deutschland	24
2.2 Schweiz	29
2.3 Fazit	31
3. Stellung innerhalb der vereinfachten Verfahren	32
3.1 Absprachebasierte Verfahren	32
3.1.1 Abgekürztes Verfahren gemäss Art. 358 ff. chStPO	33
3.1.2 Abspracheverfahren gemäss § 257c dStPO	35
3.1.3 Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren	37
3.1.4 Informelle Absprachen innerhalb des Strafbefehlsverfahrens	38
3.2 Beschleunigtes Verfahren	40
3.2.1 Beschleunigtes Verfahren gemäss §§ 417 ff. dStPO	40
3.2.2 Verhältnis zum deutschen Strafbefehlsverfahren	41
3.3 Besondere Einstellungsverfahren	42
3.3.1 Einstellung infolge Vergleichs gemäss Art. 316 chStPO	42
3.3.2 Umsetzung des Opportunitätsprinzips in § 39a zhStPO, Art. 8 chStPO	43

3.3.3 Einstellungsverfahren nach §§ 153 ff. dStPO	44
3.3.4 Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren	45
3.4 Verfahren bei Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten	46
3.4.1 Übertretungsstrafverfahren gemäss § 328 ff. zhStPO, Art. 357 chStPO	46
3.4.2 Schweizerisches Ordnungsbussenverfahren	48
3.4.3 Deutsches Ordnungswidrigkeitenverfahren	48
3.4.4 Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren	49
3.5 Fazit	50
4. Praktische Relevanz	51
2. Teil: Wesen und Defizite des Strafbefehlsverfahrens	55
1. Fehlen der Hauptverhandlung	56
1.1 Begriff des «summarischen Verfahrens»	56
1.2 Defizite	57
1.2.1 Öffentlichkeitsprinzip	57
a) Grundsatz	57
b) Geltung im Normalverfahren	58
c) Verhandlungsöffentlichkeit im Strafbefehlsverfahren	59
d) Urteilsöffentlichkeit im Strafbefehlsverfahren	59
e) Fazit	61
1.2.2 Unmittelbarkeitsprinzip	61
a) Grundsatz	61
b) Geltung im Normalverfahren	62
c) Unmittelbarkeit im Strafbefehlsverfahren	64
d) Fazit	64
1.2.3 Mündlichkeitsprinzip	65
a) Grundsatz	65
b) Geltung im Normalverfahren	65
c) Mündlichkeit im Strafbefehlsverfahren	66
d) Fazit	66
1.3 Zusammenfassung	66
2. Qualität des Vorverfahrens	67
2.1 Grundsätzliche Überlegungen	67
2.1.1 Bedeutung des Vorverfahrens für das Strafbefehlsverfahren	67
2.1.2 Strafverfolgungsmodell	68
2.2 Wirkung des erwarteten Strafbefehls auf das Vorverfahren	70
2.2.1 zhStPO	70
2.2.2 chStPO	72
2.2.3 dStPO	73
2.2.4 Fazit	74
2.3 Vernehmung des Beschuldigten in Vorverfahren	74
2.3.1 zhStPO	74
2.3.2 chStPO	75

2.3.3 dStPO	76
2.3.4 Fazit	78
2.4 Defizite	79
2.4.1 Ermittlungsgrundsatz	79
2.4.2 Rechtliches Gehör im Vorverfahren	80
a) Grundsatz	80
b) Zeitpunkt	81
c) Form	82
d) Behörde	83
2.4.3 Beschuldigtenrechte bei der Vernehmung	83
2.5 Zusammenfassung	85
3. Schuldüberzeugung oder hinreichender Tatverdacht	87
3.1 Die Grundsatzdiskussion	87
3.2 Überzeugungsbildung im Normalverfahren	89
3.3 Überzeugungsbildung im Strafbefehlsverfahren	92
4. Wesen, Inhalt und Wirkung des Strafbefehls	95
4.1 Wesen des Strafbefehls	95
4.1.1 Grundsatzdiskussion	95
4.1.2 Schweiz	97
4.1.3 Deutschland	98
4.1.4 Fazit	99
4.2 Inhalt des Strafbefehls	99
4.2.1 Gesetzliche Regelung	99
a) Allgemein	99
b) Begründung	100
c) Belehrung	102
4.2.2 Defizit	104
4.2.3 Zwischenfazit	105
4.3 Eröffnung und Mitteilung	106
4.3.1 Gesetzliche Regelung	106
4.3.2 Defizit	107
4.4 Rechtskraftwirkung des Strafbefehls	109
4.4.1 Gesetzliche Regelung	109
4.4.2 Defizit	111
4.5 Fazit	112
5. Strafbefehlsbehörde und Strafbefehlsverfahren i.e.S.	113
5.1 gesetzliche Regelung	113
5.1.1 zhStPO	113
a) Zuständigkeit	113
b) Ermessen	114
c) Verfahren	115
5.1.2 chStPO	115
a) Zuständigkeit	115
b) Ermessen	116

c) Verfahren	116
5.1.3 dStPO	117
a) Zuständigkeit	117
b) Ermessen	117
c) Verfahren	118
5.1.4 systematischer Unterschied	119
5.2 Defizite	120
5.2.1 Gesetzlicher, unabhängiger und unparteilicher Richter	121
a) Richterliches Entscheidungsmonopol	121
b) Anforderungen an die «vorgelagerte Behörde» (Schweiz)	122
c) Gesetzlichkeit, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit	124
5.2.2 Anklagegrundsatz	130
5.2.3 Rechtsgleichheit und Strafzwecke	132
5.3 Zusammenfassung	134
6. Anhörung des Beschuldigten	135
6.1 Gesetzliche Regelung	135
6.2 Defizit: Anspruch auf rechtliches Gehör	137
6.3 Fazit	140
7. Stellung des Verletzten	140
7.1 Allgemeine Stellung des Verletzten	141
7.2 Stellung des Verletzten im Strafbefehlsverfahren	144
7.3 Defizite/Fazit	147
8. Zusammenfassung	148
3. Teil: Systemimmanenter Ausgleich der Defizite	151
1. Vorteile	151
1.1 Besondere Verfahrensziele	151
1.1.1 Abwägung im Normalverfahren	152
1.1.2 Abwägung im Strafbefehlsverfahren	153
1.1.3 Ausgleich der Garantiedefizite durch Abwägung	154
1.2 Objektiviertes Beschuldigteninteresse	155
2. Strukturelle Sicherungen	158
2.1 Abstrakte Beschränkung des Anwendungsbereichs	158
2.1.1 Denkbare Abgrenzungskriterien	158
2.1.2 Absolute Grenze des Anwendungsbereichs	159
2.1.3 Gesetzliche Regelungen	161
a) Gesetzliche Abgrenzungskriterien	161
b) Rechtsfolgebeschränkungen im Besonderen	164
aa) Allgemein	164
bb) Freiheitsstrafe	166
cc) Geldstrafe	169
dd) Ersatzfreiheitsstrafe	169

2.1.4 Kritik	170
a) Tauglichkeit der Abgrenzungskriterien	171
aa) <i>Deliktsart</i>	171
bb) <i>Zuständigkeit/Deliktskatalog</i>	172
cc) <i>Rechtsfolgebeschränkung</i>	173
b) Ausnahmefall kurze Freiheitsstrafe	175
c) Bewährungsprognose im Strafbefehlsverfahren	177
d) Durchsetzung des Bewährungszwecks	178
2.1.5 Zusammenfassung und Lösungsansätze	179
2.2 Voraussetzung des konkret geeigneten Falles	182
2.2.1 Einfacher Sachverhalt	182
2.2.2 Klare Beweislage	183
2.2.3 Tauglichkeit der Eignungsvoraussetzung	184
2.3 Einsprache als Rechtsbehelf	186
2.3.1 Gesetzliche Regelung der Einsprache	186
a) Frist	186
b) Berechtigung	187
c) Form	187
d) Wirkung	188
2.3.2 Verfahren nach Einsprache	188
2.3.3 Tauglichkeit der Einsprache als strukturelle Sicherung	192
2.3.4 Natur der Einspracheunterlassung	193
2.4 Verzicht auf Verfahrensprinzipien	195
2.4.1 Verzicht als Konzept	195
2.4.2 Grundrechtsverzicht	196
a) Verzichts begriff	196
b) Die Kernfrage nach dem Menschenbild	198
c) Fazit für die vorliegende Arbeit	200
2.4.3 Verzichtbare und unverzichtbare Prinzipien	200
2.4.4 Wahlfreiheit beim Verzicht im Strafbefehlsverfahren	201
2.4.5 Freiwilligkeit und Form des konkreten Verzichts	203
a) Fairness und Freiwilligkeit	203
b) Form	205
2.4.6 Fazit	206
3. Zusammenfassung	207
4. Teil: Geständnis als Voraussetzung	209
1. Phänomen Geständnis	209
2. Relevanz im Kontext des Strafbefehlsverfahrens	210
2.1 Gesetzliche Regelungen	211
2.1.1 zhStPO	211
2.1.2 chStPO	213
2.1.3 dStPO	217
2.2 Beurteilung der bestehenden Regelungen	217

2.3 Zwischenfazit	219
3. Geständnis und Gesetzessystematik	220
3.1 zhStPO	220
3.2 chStPO	223
3.3 dStPO	223
3.4 Fazit	224
4. Definitionsversuche	225
5. Funktionen des Geständnisses	228
5.1 Geständnis als Strafzumessungskomponente	228
5.2 Geständnis als Beweismittel	231
5.3 Geständnis als «Prozesshandlung»	234
6. Einteilungskriterien als Definitionshilfe	235
7. Geständnisvoraussetzung als Defizit?	239
8. Fazit	242
Zusammenfassung	245
Anhang	251
Sachregister	259

Literaturverzeichnis

Zitierweise: Falls nicht anders angegeben, werden die nachfolgenden Werke mit dem Namen des Verfassers bzw. der Verfasser und der Seitenzahl, der Randnote oder der Gesetzesnorm zitiert.

- ACHENBACH HANS, Neue Impulse bei der Rechtskraft des Strafbefehls, in: ZRP 1977, S. 86 ff. (zit.: ACHENBACH, ZRP 1977)
- ACHENBACH HANS, Der BGH zur Rechtskraft des Strafbefehls – causa finita?, in: NJW 1979, S. 2021 ff. (zit.: ACHENBACH, NJW 1979)
- ACHENBACH HANS, Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch blosser Geldbusse? Zur Problematik «grosser» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten, in: GA 2008, S. 1 ff. (zit.: ACHENBACH, GA 2008)
- ACHENBACH HANS ET AL., Kommentar zur Strafprozessordnung, StPO in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987, Neuwied seit 1988 (Stand 31. Dezember 2009), Reihe Alternativkommentare (zit.: AK-BEARBEITER)
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/EBENSPERGER STEFAN, Der EMRK-Grundsatz «ne bis in idem» – Identität der Tat oder Identität der Strafnorm?, in: AJP/PJA 1999, S. 823 ff.
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/VETTERLI LUZIA, Brisante Aspekte der neuen Anklageschrift nach EMRK, BV und Schweizerischer Strafprozessordnung, in: ZStrR 2008, S. 193 ff.
- AESCHLIMANN JÜRIG, Einführung in das Strafprozessrecht, die neuen bernischen Gesetze, Bern 1997
- ALBERTINI GIANFRANCO ET AL. (HRSG.), Polizeiliche Ermittlung, ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008 (zit.: VSKC-BEARBEITER)
- ALBRECHT PETER-ALEXIS, Eine unabhängige Judikative als Gegengewicht zur Erosion europäischer Strafrechtsprinzipien?, in: KritV 2008, S. 39 ff. (zit.: ALBRECHT, KritV 2008)
- ALBRECHT PETER-ALEXIS, Erosion des rechtstaatlichen Strafrechts, in: KritV 1993, S. 163 ff. (zit.: ALBRECHT, KritV 1993)
- ALBRECHT PETER-ALEXIS/HASSEMER WINFRIED/VOSS MICHAEL, Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Hessischen Kommission «Kriminalpolitik» zur Reform des Strafrechts, Baden-Baden 1992

- ALTENHAIN KARSTEN/HAGEMEIER INA/HAIMERL MICHAEL/STAMMEN KARL-HEINZ, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Baden-Baden 2007
- ALTORFER MARTIN FELIX, Der Strafbefehl im Kanton Zürich, unter Berücksichtigung des Strafverfahrens in der übrigen Schweiz, in Deutschland und Österreich, Diss. Zürich 1966
- ARZT GUNTHER, Grundrechtsverwirkung im Strafverfahren, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 633 ff. (zit.: ARZT, FS-Schmid)
- ARZT GUNTHER, Geständnisbereitschaft und Strafrechtssystem, in: ZStrR 1992, S. 233 ff. (zit.: ARZT, ZStrR 1992)
- BAHNSON INGER, Das Adhäsionsverfahren nach dem Opferrechtsreformgesetz 2004, Diss. Hamburg 2008
- BAUMANN JÜRGEN, Von der Grauzone zur rechtsstaatlichen Regelung, in: NStZ 1987, S. 157 ff.
- BELING ERNST, Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungsrechts, Berlin/Leipzig 1928
- BENDER ROLF/NACK ARMIN/TREUER WOLF-DIETER, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. Aufl., München 2007
- BENEKE BERNHARD, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, Diss. Freiburg i.Br. 1990, Frankfurt a.M. 1990
- BEULKE WERNER, Strafprozessrecht, 10., völlig neu bearb. Aufl., Heidelberg 2008
- BICKEL JOHANNES, Das förmliche Geständnis im US-amerikanischen Strafprozess als Beispiel der Verfahrenserledigung, Diss. Heidelberg 2000, Berlin 2001
- BINDING KARL, Grundriss des deutschen Strafprozessrechts, 4. Aufl., Leipzig 1900
- BISCHOFBERGER PETER, Die Verfahrensgarantien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 5 und 6, in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1972
- BOLLIGER HANSJÖRG, Das Strafbefehlsverfahren im Kanton Aargau, Diss. Bern 1952, Aarau 1953
- BOMMER FELIX, Öffentlichkeit der Hauptverhandlung zwischen Individualgrundrecht und rechtsstaatlichdemokratischem Strukturprinzip, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Straf-

- prozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 671 ff. (zit.: BOMMER, FS-Trechsel)
- BOMMER FELIX, Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, in: ZStrR 2003, S. 172 ff. (zit.: BOMMER, ZStrR 2003)
- BOMMER FELIX, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Habil. Bern 2005, Bern 2006 (BOMMER, Verletztenrechte)
- BOMMER FELIX, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, in: ZSR 2009 II, S. 5 ff. (zit.: BOMMER, ZSR 2009)
- BÖTTCHER REINHARD, Der Strafbefehl auf dem Vormarsch?, in: Reinhard Böttcher/Götz Hueck/Burkhard Jähnke (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin/New York 1996, S. 299 ff.
- BRAUN ROBERT, Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren, «Plea Bargaining» im Kanton Basel-Landschaft?, Diss. Basel 2003, Liestal 2003
- BRÜNING JANIQUE, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Diss. Kiel 2003/2004, Baden-Baden 2005
- BURHOFF DETLEF, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 6. Aufl., Münster 2009
- BUSAM GERHARD, Das Geständnis im Strafverfahren: kriminologische, kriminalistische und kriminalpsychologische Aspekte, Lübeck 1983
- BUSSMANN KAI-DETLEF/LÜDEMANN CHRISTIAN, Klassenjustiz oder Verfahrensökonomie?, Aushandlungsprozesse in Wirtschafts- und allgemeinen Strafverfahren, Pfaffenweiler 1995
- CADUFF RENATO, Bis wann kann der Strafantrag im Strafbefehls- und Abwesenheitsverfahren zurückgezogen werden? (Zur Auslegung von Art. 31 Abs. 1 StGB), in: ZStrR 1969, S. 314 ff.
- DAHS HANS, Das rechtliche Gehör im Strafprozess, München 1965
- DEITERS MARK, Legalitätsprinzip und Normgeltung, Habil. Düsseldorf 2005, Tübingen 2006
- DENCKER FRIEDRICH, Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB, in: JZ 1973, S. 144 ff. (zit.: DENCKER, JZ 1973)
- DENCKER FRIEDRICH, Verwertungsverbote im Strafprozess, ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Habil. Bonn 1974, Köln 1977 (zit.: DENCKER, Verwertungsverbote)
- DENCKER FRIEDRICH, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht, in: ZStW 1990, S. 51 ff. (zit.: DENCKER, ZStW 1990)
- DENCKER FRIEDRICH, Beschleunigung des Strafprozesses – Vereinfachte Feststellung von Sachverhalten, die von den Verfahrensbeteiligten als «unstreitig» bezeichnet werden, in: StV 1994, S. 503 ff. (zit.: DENCKER, StV 1994)

- DENCKER FRIEDRICH, Die Form der Vernehmung des Angeklagten zur Sache, in: Edda Wesslau/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, Berlin/New York 2008, S. 116 ff. (zit.: DENCKER, FS-Fezer)
- DENCKER FRIEDRICH/HAMM RAINER, Der Vergleich im Strafprozess, Frankfurt a.M. 1988 (zit.: BEARBEITER, in: Dencker/Hamm)
- DONATSCH ANDREAS, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, in: ZStrR 1994, S. 317 ff. (zit.: DONATSCH, ZStrR 1994)
- DONATSCH ANDREAS, Die öffentliche Verkündung des Strafurteils gemäss Konventionsrecht, in: Andreas Donatsch/Niklaus Schmid (Hrsg.), Strafrecht und Öffentlichkeit, Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, Zürich 1996, S. 123 ff. (zit.: DONATSCH, FS-Rehberg)
- DONATSCH ANDREAS, Das schweizerische Strafprozessrecht, in: SJZ 2004, S. 321 ff. (zit.: DONATSCH, SJZ 2004)
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in: ZStrR 2008, S. 158 ff.
- DONATSCH ANDREAS/SCHMID NIKLAUS, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, Zürich seit März 1996 (Stand 31. März 2010) (zit.: Donatsch/Schmid-BEARBEITER)
- DONATSCH ANDREAS/WEDER ULRICH/HÜRLIMANN CORNELIA, Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005
- DREHER EDUARD, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, in: Günter Stratenwerth et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin 1974, S. 917 ff.
- DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Luzern 2007, Zürich 2008
- DUBS HANS, Strafbefehl, Möglichkeiten und Grenzen eines vereinfachten Strafverfahrens, in: Andreas Donatsch/Niklaus Schmid (Hrsg.), Strafrecht und Öffentlichkeit. Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, Zürich 1996, S. 139 ff.
- EBERT ANDREAS, Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren, Diss. Passau 1999, Frankfurt a.M. 2000
- EICKER ANDREAS, Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung – Eine kritische Betrachtung staatsanwaltschaftlicher Kompetenzkonzentration und ihrer Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren, in: AJP/PJA 2003, 13 ff.

- EISENBERG ULRICH, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 6., vollst. überarb. und teilw. erw. Aufl., München 2008
- ELOBIED TARIG, Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart, Berlin 2010
- ERB VOLKER, Legalität und Opportunität. Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen, Habil. Mainz 1998, Berlin 1999
- ERB VOLKER ET AL. (HRSG.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar Löwe-Rosenberg, 26., neu bearb. Aufl., Berlin seit 2006 (Stand: 31. Dezember 2009) (zit.: L/R-BEARBEITER)
- ERBE JOACHIM, Zum Wesen des Strafbefehls, Diss. Berlin 1979
- ERNI LORENZ, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», in: ZStrR 2007, S. 229 ff.
- ESER ALBIN, Das rechtliche Gehör im Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, in: JZ 1966, S. 660 ff.
- FAVRE MICHEL, Le non-lieu prononcé pour des motifs d'opportunité: Pratique des juges d'instruction, RFJ 2002, S. 125 ff.
- FEZER GERHARD, Zur Zukunft des Strafbefehlsverfahrens, in: Gunther Arzt et al. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992, Bielefeld 1992, S. 395 ff. (zit.: FEZER, FS-Baumann)
- FEZER GERHARD, Vereinfachte Verfahren im Strafprozess, in: ZStW 1994, S. 1 ff. (zit.: FEZER, ZStW 1994)
- FISCH ANDRÉ, Das Strafbefehlsverfahren im Spannungsfeld legislatorischer Beschleunigungs- und Entlastungstendenzen – Eine Untersuchung über die Vereinbarkeit mit den strafprozessualen Verfahrensgrundsätzen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtspflegeentlastungsgesetzes 1993 und des Verbrechensbekämpfungsgesetzes 1994, Diss. Bochum 1999
- FISCHER THOMAS, Absprache-Regelung: Problemlösung oder Problem?, in: StrFo 2009, S. 177 ff.
- FLAD HERBERT, Das Verbot der reformatio in peius – eine vom Gesetzgeber gewährte Rechtswohlthat oder ein Gebot des Verfassungsrechts?, in: Heike Jung/Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens. Beiträge anlässlich des Colloquiums zum 65. Geburtstag von Gerhard Kielwein, Köln 1989, S. 101 ff.
- FREI-SIPONEN SELENE, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht Finnlands und der Schweiz – eine vergleichende Studie, Diss. St. Gallen 2002, St. Gallen 2003

- FRISCH WOLFGANG, Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und Herausforderung des Strafrechts, in: Heinz Müller-Dietz et al. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Baden-Baden 2007
- FROMEIN JOCHEN ABRAHAM/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3., vollst. neu bearb. Aufl., Kehl 2009 (zit.: BEARBEITER)
- GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens im europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigerbeistand, Diss. Zürich 2005/2006, Berlin 2007
- GEIS MARK, Überzeugung beim Strafbefehlserlass?, Diss. Frankfurt a.M. 1998, Frankfurt a.M. 2000
- GIESKER HEINRICH, Vergleichung des Geständnisses im Civil- und Criminal-process, Diss. Zürich 1868, Zürich 1868
- GILLIÉRON GWLADYS, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Diss. Zürich 2009, Zürich 2010
- GILLIÉRON GWLADYS/KILLIAS MARTIN, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht!, in: Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag am 8. September 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 379 ff.
- GLESS SABINE, Konsensuale Verfahrenserledigung in grösseren Wirtschaftsstrafverfahren – Chancen und Risiken, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 116 ff.
- GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERGER JÜRIG (HRSG.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008 (zit.: Goldschmid/Maurer/Sollberger-BEARBEITER)
- GRISEBACH KLAUS, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Freiburg i.Br. 1979
- GRÜNWARD GERALD, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden 1993
- GUTTERER BERNHARD, Zur verbindlichen Zusage des Gerichts in der Hauptverhandlung, eine bestimmte Verurteilung nach Geständnis des Angeklagten auszusprechen, Diss. Tübingen 1991, Tübingen 1991 (zit.: GUTTERER, Geständnis)
- GUTTERER BERNHARD, Der Deal: Strafzusage gegen Geständnis, Aachen 1995 (zit.: GUTTERER, Deal)

- HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2., vollständig neu bearb. Aufl., Bern 1999
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7., stark überarb. Aufl., Zürich 2008
- HAMM RAINER, Strafverfolgung recht und billig, in: NJW 1996, S. 236 ff.
- HANNICH ROLF (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 6., neu bearb. Aufl., München 2008 (zit.: KK-BEARBEITER)
- HASSEMER WINFRIED, Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege – ein neuer Rechtsbegriff?, StV 1982, S. 275 ff. (zit.: HASSEMER, StV 1982)
- HASSEMER WINFRIED, Unverfügbares im Strafprozess, in: ders. (Hrsg.), Strafen im Rechtsstaat, Baden-Baden, 2000, S. 87 ff. (zit.: HASSEMER, Unverfügbares)
- HASSEMER WINFRIED, Konsens im Strafprozess, in: Regina Michalke/Wolfgang Koberer/Jürgen Pauly/Stefan Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, Berlin 2008 (zit.: HASSEMER, Kones)
- HAUER JUDITH, Geständnis und Absprache, Diss. München 2006/2007, Berlin 2007
- HAUSEL UWE, Ungenütztes Beschleunigungspotential des Straf(-befehls-)verfahrens, ZRP 1994, 94 ff.
- HAUSER ROBERT, Das Prinzip der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung und der Schutz der Persönlichkeit, in: Isaak Meier/Hans Michael Riemer/Peter Weimar (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 165 ff. (zit.: HAUSER, FS-Walder)
- HAUSER ROBERT, Zum Prinzip der Unmittelbarkeit, in: ZStrR 1981, S. 168 ff. (zit.: HAUSER, ZStrR 1981)
- HAUSER ROBERT, Anklage, Sistierung und Strafbefehl im Zürcherischen Recht (Kriminalistisches Institut: Referat, gehalten im WS 1961/62) (zit.: HAUSER, Anklage)
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5., neu überarb. und erg. Aufl., Basel 2002
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005
- HEINZ WOLFGANG, Der Strafbefehl in der Rechtswirklichkeit, in: Guido Britz/Heike Jung/Heinz Koriath/Egon Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 271 ff.

- HENKEL HEINRICH, Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 2. Neubearb. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968
- HIRSCHBERG MAX, Das Fehlurteil im Strafprozess, zur Pathologie der Rechtsprechung, Stuttgart 1960
- HÖNIG SANDRA, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke, Diss. Halle-Wittenberg 2004, Frankfurt a.M. 2004
- HOTTELIER MICHEL, L'ordonnance de condamnation en procédure pénale genevoise, in: ZStrR 1989, S. 202 ff.
- HUBER PETER, Die Stellung des Beschuldigten, insbesondere seine Rechte, in der Strafuntersuchung, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1973, Zürich 1974
- HÜRLIMANN CORNELIA, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Zürich 2006, Zürich 2006
- HUTTENLOCHER PETER, Dealen wird Gesetz – die Urteilsabsprache im Strafprozess und ihre Kodifizierung, zugleich eine kritische Untersuchung der aktuellen Gesetzesvorschläge des BMJ, der BRAK, des Bundesrats, des DAV, der Generalstaatsanwälte u.a., Diss. Passau 2007, Hamburg 2007
- IOAKIMIDIS ARIADNE, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, Diss. Potsdam 2001, Frankfurt a.M. 2001
- JAGGI EMANUEL, Ist der Strafbefehl ein erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 70 Abs. 3 StGB?, in: ZStrR 2006, S. 437 ff. (zit.: JAGGI, ZStrR 2006)
- JAGGI EMANUEL, Die prototypische Absprache. Legitimität im Lichte des Strafzumessungsrechts, Diss. Bern 2006, Bern 2006 (zit.: JAGGI, Absprache)
- JANKE ALEXANDER, Verständigung und Absprachen im Strafverfahren, Aachen 1997
- JEROUSCHEK GÜNTER, Jenseits von Gut und Böse: Das Geständnis und seine Bedeutung im Strafrecht, in: ZStW 1990, S. 793 ff.
- JOSITSCH DANIEL/BISCHOFF PATRICK, Das Abgekürzte Verfahren gemäss Art. 365–369 des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag am 8. September 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 429 ff.
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2000, Bern 2001
- KILLIAS MARTIN/GILLIERON GWLADYS/DONGOIS NATHALIE, Erreurs judiciaires en Suisse de 1995 à 2004 (Wrongful convictions in Switzerland in a comparative perspective), No. 100012–105817, Rapport au Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique, Zürich 2007

- KIRCH HERMANN JOSEF, Das Strafbefehlsverfahren nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1987, Diss. Köln 1987
- KLEIN MICHAEL/TOLKMITT DIRK, Verlängern Strafbefehle das Strafverfahren? Zur Evaluation einer strafrechtlichen Verfahrensweise, Beitrag zu einer Studie der Strafabteilung des Amtsgerichts Leipzig, durchgeführt vom 15. November 2000 bis zum 15. Februar 2001 (Online-Publikation)
- KOLZ ALEXANDER, Einwilligung und Richtervorbehalt, Diss. Frankfurt a.M. 2006, Frankfurt a.M. 2006
- KRAUSS DETLEF, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren (1. Teil), in: recht 1986, S. 42 ff. (zit.: KRAUSS, recht 1986)
- KRAUSS DETLEF, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren (2. Teil), in: recht 1987, S. 42 ff. (zit.: KRAUSS, recht 1987)
- KRAUSS DETLEF, Strafverteidigung wohin?, in: recht 1999, S. 117 ff. (zit.: KRAUSS, recht 1999)
- KRAUSS DETLEF, Auf dem Wege zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung. Einige Anmerkungen aus deutscher Sicht, in: Marcel Alexander Niggli/Nicolas Queloz (Hrsg.), Strafjustiz und Rechtsstaat. Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo, Zürich 2003, S. 19 ff. (zit.: KRAUSS, Anmerkungen)
- KUHN ANDRE, La procédure pénale selon le CPP unifiée, in: ZSR 2009 II, S. 125 ff.
- KÜHNE HANS-HEINER, Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 6. Auflage, Heidelberg 2003
- KÜNG MANFRED/HAURI CLAUDE/BRUNNER THOMAS, Handkommentar zur Zürcher Strafprozessordnung, Bern 2005
- KUNZ KARL-LUDWIG, Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung, Habil. Universität des Saarlandes 1982/83, Berlin 1984
- KÜPPER GEORG, Konflikt oder Konsens?, in: HFR 2007, Beitrag 14, S. 1 ff. (Internet-Publikation)
- LÄMMLI KLAUS BEAT, Die Strafverfügung nach solothurnischem Prozessrecht, Diss. Bern 1983
- LENCKNER THEODOR ET AL. (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, mitkommentiert von Peter Cramer, 27., neu bearb. Aufl., München 2006 (zit.: Schönke/Schröder-BEARBEITER)

- LERCH EMIL, Die Abänderung von Erkenntnissen des Amtsstatthalters durch den Staatsanwalt im luzernischen Strafprozess, in: ZStr 1959, S. 416 ff.
- LEUPOLD MICHAEL, Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, Entstehung – Grundzüge – Besonderheiten, in: BJM 2008, S. 233 ff.
- LIEBER VIKTOR, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neueren schweizerischen Strafprozessordnung, in: ZStrR 2008, S. 174 ff.
- LOOS FRITZ, Bemerkungen zum Prinzip «in dubio pro reo» im Strafbefehlsverfahren, in: Michael Hettinger et al. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, S. 313 ff.
- LOPEZ FELIX, Das Strafbefehlsverfahren im Kanton Basel-Landschaft (§§ 7, 131 bis 134 StPO), unter besonderer Berücksichtigung des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim, Diss. Basel 2001, Basel 2002
- MAIER JULIO B. J., Inquisition oder Komposition?, in: Bernd Schünemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin/New York 2001, S. 1215 ff.
- MALACRIDA RALPH, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 1992, Zürich 1992
- MALEIKA ELKE, Freiheitsstrafe und Strafbefehl: eine unmögliche Kombination?, Diss. Bremen 2000, Aachen 2000
- MARKWARDT MANFRED, Brauchen wir eine «unabhängige» Staatsanwaltschaft? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im demokratischen Rechtsstaat, in: Dieter Dölling/Volker Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002, S. 93 ff.
- MARTIN SIGMUND, Freiheitsstrafe beim Ausbleiben des Angeklagten?, in: GA 1995, S. 121 ff.
- MAURER THOMAS, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003
- MAYER HELLMUTH, Das Strafbefehlsverfahren, in: GS 1922, S. 397 f. (zit.: MAYER, GS 1922)
- MAYER HELLMUTH, Der amtsrichterliche Strafbefehl, in: GS 1924, S. 330 ff. und GS 1925, S. 36 ff. (zit.: MAYER, GS 1924 bzw. GS 1925)
- METTLER CHRISTOPH, Staatsanwaltschaft. Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung, Diss. Freiburg 2000, Basel 2000
- MEURER MARIUS, Der Strafbefehl, JuS 1987, S. 882 ff.
- MEYER-GOSSNER LUTZ, Kurzkommentar zur Strafprozessordnung, 52. Aufl., München 2009
- MILLER GABRIEL, Selbstbelastung. Die Verwerfung des Geständnisses im Jüdischen Recht, in: RIDA, 3e Série, Tome XLVIX 2002, S. 325 ff.
- MITSCH WOLFGANG, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2., überarb. und aktualisierte Auflage, Berlin/Heidelberg 2005

- MOOS RUTH, Das Geständnis im Strafverfahren und in der Strafzumessung, eine rechtssystematische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Alternativ-Entwurfes, Novelle zur Strafprozessordnung, Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung, hrsg. vom Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Diss. Göttingen 1983, Göttingen 1983
- MORSCHER LUKAS, Die Aufhebung des Verzeigungsverfahrens in der Basler Strafprozessordnung und die Neuregelung des Strafbefehlsverfahrens gemäss Ratschlag und Entwurf vom 27. April 1993, in: BJM 1995, S. 169 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte. 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER KLAUS-JOCHEN, Das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO), eine dogmatisch-kriminalpolitische Studie zu dieser Form des schriftlichen Verfahrens unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung – zugleich ein Beitrag zum StVÄG 1987, Diss. Frankfurt a.M. 1991, Frankfurt a.M. 1993
- NAUCKE WOLFGANG, Empfiehlt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?, Gutachten D und E für den 51. Deutschen Juristentag, München 1976
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (HRSG.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007 (zit.: BSK-BEARBEITER)
- NOLL PETER, Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht in: ZStrR 1959, S. 294 ff.
- NOWACKI ANNEMARIE, Das Geständnis im Strafprozess, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Entwicklung, Diss. Zürich 1943
- OBERHÄNSLI PETER, Die Gestaltung des Strafverfügungsverfahrens nach der Strafprozessordnung des Kantons Thurgau, Diss. Zürich 1985, Weinfelden 1985
- OBERHOLZER NIKLAUS, Informelle Absprachen im Strafverfahren, in: AJP/PJA 1992, S. 7 ff. (zit.: OBERHOLZER, AJP 1992)
- OBERHOLZER NIKLAUS, Absprachen im Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell?, in: ZStrR 1993, S. 157 ff. (zit.: OBERHOLZER, ZStrR 1993)
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen, 2., stark überarb. Aufl., Bern 2005 (zit.: OBERHOLZER, Strafprozessrecht)

- OBERHOLZER NIKLAUS, Zwischen «Kopf ab» und «Händchen halten» – von den neueren Entwicklungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, in: *forumpoenale* 2008, S. 46 ff. (zit.: OBERHOLZER, *forumpoenale* 2008)
- PETERS KARL, Nirgendwo ist man vor der Gefahr falscher Geständnisse gefeit, in: *plädoyer* 3/95, S. 18 ff. (zit.: PETERS, *plädoyer* 3/95)
- PETERS KARL, Fehlerquellen im Strafprozess, eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1970–1974 (3 Bände) (zit.: PETERS, *Fehlerquellen*, Bd.)
- PETERS KARL, Strafprozess, ein Lehrbuch, 4., neubearb. und erw. Aufl., Heidelberg 1985 (zit.: PETERS, *Strafprozess*)
- PFEIFFER GERHARD, Strafprozessordnung, Kommentar, 5., neu bearb. Aufl., München 2005
- PFENNINGER HANS FELIX, Das Geständnis im zürcherischen Strafprozess, in: *SJZ* 1912, S. 44 ff. (zit.: PFENNINGER, *SJZ* 1912)
- PFENNINGER HANS FELIX, Die Zürcherische Strafprozessreform, *ZStrR* 1919, S. 340 ff. (zit.: PFENNINGER, *ZStrR* 1919)
- PFENNINGER HANS FELIX, Der Verletzte im schweizerischen Strafprozess, *SJZ* 1960, S. 181 ff. (zit.: PFENNINGER, *SJZ* 1960)
- PFENNINGER HANS FELIX, Probleme des schweizerischen Strafprozessrechts, ausgewählte Aufsätze, Zürich 1966 (zit.: PFENNINGER, *Probleme*)
- PIETH MARK, Vom Inquisitionsprozess direkt zum postmodernen Kontrollmodell?, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, S. 415 ff. (zit.: PIETH, *FS-Trechsel*)
- PIETH MARK, Von der Inquisition zum Sicherheitsstaat: ketzerische Gedanken zur aktuellen Strafprozessreform, *AJP/PJA* 2002, S. 626 ff. (zit.: PIETH, *AJP* 2002)
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009 (zit.: PIETH, *Grundriss*)
- RANFT OTFRIED, Grundzüge des Strafbefehlsverfahrens, in: *JuS* 2000, S. 633 ff.
- REHBERG JÖRG/HOHL MARKUS, Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991, Zürich 1992
- REICHERTZ JO/SCHNEIDER MANFRED (HRSG.), Sozialgeschichte des Geständnisses, zum Wandel der Geständniskultur, Wiesbaden 2007
- RIEDER ROLF, Das Untersuchungsverfahren im zürcherischen Strafprozess, Diss. Zürich 1964, Zürich 1965
- RIESS PETER, Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO, in: *ZRP* 1983, 93 ff. (zit.: RIESS, *ZRP* 1983)

- RIESS PETER, Zur weiteren Entwicklung der Einstellung nach § 153a StPO, in: ZRP 1985, S. 212 ff. (zit.: RIESS, ZRP 1985)
- RIESS PETER, Informelle Erledigungsarten und summarische Verfahren bei geringfügiger Kriminalität, in: Hans-Ludwig Schreiber/Rudolf Wassermann (Hrsg.), Gesamtreform des Strafverfahrens, Internationales Christian-Broda-Symposium Bad Homburg v.d.H. 1986, Neuwied 1987, S. 91 ff. (zit.: RIESS, Erledigungsarten)
- RIESS PETER, Zweifelsfragen zum neuen Strafbefehlsverfahren, in: JR 1988, S. 133 ff. (zit.: RIESS, JR 1988)
- RIESS PETER, Gedanken über das Geständnis im Strafverfahren, in: Eberhard Kempf et al. (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II – Verstehen und Widerstehen, Baden-Baden 2006, S. 433 ff. (zit.: RIESS, FS-Richter)
- RIKLIN FRANZ, Strafprozess: Gerichte verlieren an Bedeutung, in: plädoyer 4/06, S. 28 ff. (zit.: RIKLIN, plädoyer 4/06)
- RIKLIN FRANZ, Die Strafprozessrechtsreform in der Schweiz, in: GA 2006, S. 495 ff. (zit.: RIKLIN, GA 2006)
- RIKLIN FRANZ, Urteileröffnung beim Strafbefehl, in: Piermarco Zen-Ruffinen (Hrsg.), *Du monde pénal, droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale. Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Basel/Genf/München, 2006, S. 115 ff. (zit.: RIKLIN, FS-Bolle)
- RIKLIN FRANZ, Der Strafbefehl im deutschen und im schweizerischen Strafprozessrecht – eine rechtsvergleichende Betrachtung, in: Heinz Müller-Dietz et al. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Baden-Baden 2007, S. 761 ff. (zit.: RIKLIN, Strafbefehl)
- RIKLIN FRANZ, «Ich bin rein zufällig zum Justizkritiker geworden», in: plädoyer 4/08, S. 12 f. (zit.: RIKLIN, plädoyer 4/08)
- RODE CHRISTIAN, Das Geständnis in der Hauptverhandlung, in: StraFo 2007, S. 98 ff.
- ROGALL KLAUS, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, ein Beitrag zur Geltung des Satzes «Nemo tenetur se ipsum prodere» im Strafprozess, Diss. Bonn 1975/76, Berlin 1977
- RÖNNAU THOMAS, Die Absprache im Strafprozess, eine rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit von Absprachen nach dem geltenden Strafprozessrecht, Diss. Kiel 1989, Baden-Baden 1990
- ROXIN CLAUS/SCHÜNEMANN BERND, Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch, 26., völlig neu bearb. Aufl., München 2009
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Die revidierte Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999, in: ZStrR 2000, S. 414 ff.

- RUDOLPHI HANS-JOACHIM/WOLTER JÜRGEN (HRSG.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin seit 1986 (Stand: 31. Dezember 2009) (zit.: SK-BEARBEITER)
- SCHAAL HANS JÜRGEN, Hinreichender Tatverdacht oder richterliche Überzeugungsbildung für den Strafbefehlserlass?, in: Klaus Geppert/Diether Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin/New York 1990, S. 427 ff.
- SCHÄFER HELMUT, Das Recht des Beschuldigten auf Gehör im Ermittlungsverfahren, in: wistra 1987, S. 165 ff. (zit.: SCHÄFER H.)
- SCHÄFER GERHARD, Die Praxis des Strafverfahrens, an Hand einer Akte, 6., völlig überarb. Aufl., Stuttgart 2000 (zit.: SCHÄFER G.)
- SCELLENBERG FRANK, Zur Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsverfahren, in: NStZ 1994, S. 570 ff.
- SCHLAURI REGULA, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung, Diss. Zürich 2002, Zürich 2003 (zit.: SCHLAURI, Verbot)
- SCHLAURI REGULA, Die abgekürzten Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Baselland und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen plea bargaining?, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Bd. 1, Zürich 1999, S. 479 ff. (zit.: SCHLAURI, Abgekürzte Verfahren)
- SCHLÜCHTER ELLEN, Zur Relativierung der gerichtlichen Aufklärungspflicht durch Verständigung im Strafverfahren, in: Manfred Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin New York 1992, S. 737 ff.
- SCHMID NIKLAUS, Bewährte Formen, mit Neuem verknüpft, in: Aus 29 mach 1 ...unterwegs... – Informationen des Bundesamtes für Justiz über die künftige Schweizerische Strafprozessordnung und das Jugendstrafverfahren, Bern 2001, S. 1 ff. (zit.: SCHMID, Bewährte Formen)
- SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4., ergänzte und verb. Aufl., Zürich 2004 (zit.: SCHMID, Strafprozessrecht)
- SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009 (zit.: SCHMID, Handbuch)
- SCHMIDT EBERHARD, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (Teil 1: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts; Teil 2: Erläuterungen zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung;

- Teil 3: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz), Göttingen seit 1952 (zit.: SCHMIDT, Teil)
- SCHMIDT-HIEBER WERNER, Verständigung im Strafverfahren, Möglichkeiten und Grenzen für die Beteiligten in den Verfahrensabschnitten, München 1986
- SCHORN HUBERT, Das Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, Frankfurt 1962
- SCHRÖER NORBERT, Der Vernehmer als Ratgeber. Oder: die distanzierte Führung des Beschuldigten zur eigenverantwortlichen Selbstführung, in: Jo Reichertz/Manfred Schneider (Hrsg.), Sozialgeschichte des Geständnisses, Wiesbaden 2007, S. 229 ff. (zit.: SCHRÖER, Vernehmer)
- SCHRÖER NORBERT, Geständnis gegen Beziehung. Zur Geständnismotivierung in Beschuldigtenvernehmungen seit 1980, in: Reichertz Jo/Schneider Manfred, Sozialgeschichte des Geständnisses, Wiesbaden 2007, S. 195 ff. (zit.: SCHRÖER, Geständnis)
- SCHUBARTH MARTIN, Die Art. 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, in: ZSR 1975 I, S. 465 ff. (SCHUBARTH, ZSR 1975)
- SCHUBARTH MARTIN, Zurück zum Grossinquisitor? – Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag am 8. September 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 527 ff. (zit.: SCHUBARTH, Strafbefehl)
- SCHUMACHER ULRICH, Kontinuität und Diskontinuität im Strafverfahrensrecht, untersucht anhand der Entwicklung der Kompetenzverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Strafgerichtsbarkeit, Köln 1987
- SCHÜNEMANN BERND, Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens, in: Otto Friedrich von Gamm/Peter Raisch/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 461 ff. (zit.: SCHÜNEMANN, Reflexionen)
- SCHÜNEMANN BERND, Absprachen in Strafverfahren?, Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des achtundfünfzigsten deutschen Juristentages, Bd. I, Gutachten, München 1990, Teil B (zit.: SCHÜNEMANN, Absprachen)
- SCHWANDER DANIEL, Plea Bargaining als «abgekürztes Verfahren» im Entwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, SJZ 2007, S. 142 ff.

- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/THALMANN URS/ZANOLINI VEIO, Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich. Schlussbericht zur kriminologischen Evaluation des Zürcher Pilotprojekts, Zürich 2005
- SCHWITTER MARK, Der Strafbefehl im aargauischen Strafprozess, Diss. Zürich 1995, Aarau 1996
- SENGE LOTHAR (HRSG.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3., neu bearb. Aufl., München 2006 (zit.: KK-OWiG-BEARBEITER)
- SESSAR KLAUS, Empirische Untersuchungen zu Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, in: ZStW 1975, S. 1133 ff.
- SIMON OLIVER, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK, ein Vergleich zur StPO im Hinblick auf die Auswirkungen der Konventionsrechte auf die deutsche Strafrechtsprechung, Diss. Tübingen 1998, Tübingen 1998
- SINNER STEFAN, Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht, Diss. Frankfurt a.M. 1998, Frankfurt a.M. 1999
- SIOLEK HANSJÖRG, Verständigung in der Hauptverhandlung, Diss. Hannover 1992, Baden-Baden 1993
- SOLLBERGER JÜRGE, Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht, Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?, in: ZSR 1989, S. 1 ff.
- SPENGLER EDUARD CARL, Der Strafbefehl im schweizerischen, deutschen und österreichischen Recht, Diss. Zürich 1929, Zürich, 1929
- SPIESS KERSTIN, Das Adhäsionsverfahren in der Rechtswirklichkeit, Diss. München 2007, Münster 2008 (zit.: SPIESS K.)
- SPIESS GERHARD, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Passau 1997, Frankfurt a.M. 1997 (zit.: SPIESS G.)
- STALINSKI DIRK, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, Diss. Düsseldorf 2000 (Onlinepublikation)
- STAMP FRAUKE, Die Wahrheit im Strafverfahren. Eine Untersuchung zur prozesualen Wahrheit unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung, Diss. Kiel 1998, Baden-Baden 1998
- STAUB PETER, Kommentar zum Strafverfahren des Kantons Bern, Gesetz vom 20. Mai 1928 und seine bisherigen Änderungen, Bern 1992
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2009
- STRÄULI HANS, Gesetze betreffend die Zürcherische Rechtspflege, III. Teil, Gesetz betr. den Strafprozess (Strafprozessordnung), Zürich 1924

- STURM GERD, Probleme des Verzichts auf Grundrechte, in: Gerhard Leibholz et al. (Hrsg.), Festschrift für Willi Geiger, Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, 1974, S. 173 ff.
- TIEDEMANN, PETRA, Das beschleunigte Strafverfahren, eine Untersuchung in Bonn, Diss. Bonn, 2007, Frankfurt a.M. 2008
- TRECHSEL STEFAN, Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974 (zit.: TRECHSEL, EMRK)
- TRECHSEL STEFAN, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: ZStrR 1979, S. 337 ff. (zit.: TRECHSEL, ZStrR 1979)
- TRECHSEL STEFAN, Gericht und Richter nach EMRK, in: Robert Hauser/Jörg Rehberg/Günter Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 385 ff. (zit.: TRECHSEL, GS-Noll)
- TRECHSEL STEFAN, Gerechtigkeit im Fehlurteil, ZStrR 2000, S. 1 ff. (zit.: TRECHSEL, ZStrR 2000)
- TRECHSEL STEFAN ET AL., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008 (zit.: TRECHSEL, Praxiskommentar)
- TSCHECHSCHER AXEL, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, S. 807 ff.
- VILLIGER, MARK EUGEN, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2., vollst. neu bearb. Aufl., Zürich 1999
- VIVELL ALEXANDER, Das Strafbefehlsverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 408a StPO), eine kritische Untersuchung und Analyse, Diss. Heidelberg 2005, Frankfurt a.M. 2006
- VOGLER THEO, Die Rechtskraft des Strafbefehls, ein Rechtskraftproblem, Karlsruhe 1959 (zit.: VOGLER, Rechtskraft)
- VOGLER THEO, Das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK), EuGRZ 1979, S. 640 ff. (zit.: VOGLER, EuGRZ 1979)
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG BERND/STÖCKEL HEINZ (HRSG.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Neuwied seit 1980 (Stand: 31. Dezember 2009) (zit.: KMR-BEARBEITER)
- WAGNER HEINZ, Rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren, ZStW 1997, S. 545 ff.
- WALK, FELICITAS, Die Beendigung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess, Diss. Frankfurt a.M. 1996, Frankfurt a.M. 1996

- WANKE DIETRICH, Der Strafbefehl, eine Untersuchung auf Grund der Gesetzgebung Deutschlands und der Kantone Aargau und Basel-Stadt, Diss. Basel 1965
- WEICHBRODT KORINNA, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, Diss. Berlin 2004/2005, Berlin 2006
- WEIGEND THOMAS, Die kurze Freiheitsstrafe – eine Sanktion der Zukunft?, in: JZ 1986, S. 260 ff. (zit.: WEIGEND, JZ 1986)
- WEIGEND THOMAS, Abgesprochene Gerechtigkeit – Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?, in: JZ 1990, S. 774 ff. (zit.: WEIGEND, JZ 1990)
- WEIGEND THOMAS, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile, NSTZ 1999, S. 57 ff. (zit.: Weigend, NSTZ 1999)
- WEIGEND THOMAS, Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, ZStW 2001, S. 271 ff. (zit.: WEIGEND, ZStW 2001)
- WEIGEND THOMAS, Welche Grundprinzipien und sonstigen rechtsstaatlichen Anforderungen des Strafverfahrensrechts sind unverzichtbar?, in: Hans Joachim Hirsch (Hrsg.), Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?, Berlin 2001, S. 257 ff. (zit.: WEIGEND, Grundprinzipien)
- WEISHAUPt EVA, Finanzielle Leistungen gemäss Opferhilfegesetz, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Das revidierte Opferhilfegesetz, Zürich 2009, S. 47 ff. (zit.: WEISHAUPt, Leistungen)
- WEISHAUPt EVA, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes (OHG), Diss. Zürich 1998, Zürich 1998 (zit.: WEISHAUPt, OHG).
- WESSLAU EDDA, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, Habil. Hamburg 1994, Baden-Baden 2002
- WICKI FRANZ, Die Schweizerische Strafprozessordnung aus der Sicht des Gesetzgebers, in: ZStrR 2007, S. 219 ff.
- WIDMER ANTON, Die Gestaltung des ordentlichen Untersuchungsverfahrens nach der Strafprozessordnung des Kantons Luzern, Diss. Zürich 1978, Zürich 1979
- WIESER CHARLOTTE, Kritische Anmerkungen zum abgekürzten Verfahren gemäss Art. 385 ff. VE StPO, BJM 2003, S. 1 ff.
- WIPRÄCHTIGER HANS, Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit – eine Illusion?, in: medialex 2004, S. 38 ff.
- WITZLER JOCHEN, Die personale Öffentlichkeit im Strafverfahren, Diss. Heidelberg 1993, Pfaffenweiler 1993
- WOHLERS WOLFGANG, Kritische Anmerkungen zur Konzeption einer weisungsunabhängigen Staatsanwaltschaft, in: Andreas Hoyer et al. (Hrsg.), Fest-

schrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 735 ff. (zit.: WOHLERS, FS-Schroeder)

WOLTER JÜRGEN, Informelle Erledigungen und summarische Verfahren bei geringfügiger und minderschwerer Kriminalität, GA 1989, S. 397 ff.

ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 2008, Zürich 2008

ZIPF HEINZ, Empfiehlt es sich, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens neu zu gestalten, insbesondere zur Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten weitere nichtöffentliche Verfahrensgänge zu entwickeln?, Gutachten C für den 54. Deutschen Juristentag, Nürnberg 1982, München 1982 (zit.: ZIPF, C [anstatt S. bzw. N])

Materialienverzeichnis

Vorentwurf für eine Teilrevision der Zürcher Strafprozessgesetzgebung in der Fassung vom 9. Februar 2000, hrsg. von Donatsch Andreas/Trechsel Stefan/Weder Ulrich (zit.: VE zhStPO Februar)

Vorentwurf für eine Teilrevision der Zürcher Strafprozessgesetzgebung in der Fassung vom 23. November 2000, hrsg. von Donatsch Andreas/Trechsel Stefan/Weder Ulrich (unter Mitarbeit von Matthias Stambach) (zit.: VE zhStPO November)

Antrag, Weisung und Entwurf des Regierungsrats vom 4. April 2001 (Nr. 3845) zur Änderung der Kantonsverfassung und zum Gesetz über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung, Amtsblatt 2001, S. 504 ff. (zit.: Antrag RR 2001)

Antrag, Weisung und Entwurf des Regierungsrats vom 21. September 2005 (Nr. 4278) zum Gesetz über Änderungen im Strafverfahren, Amtsblatt 2005, S. 1036 ff. (zit.: Antrag RR 2005)

Entwurf zu einem Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Straf- und Zivilprozess (GOG) (undatiert) (zit.: zhVEGOG)

Kommentierter Entwurf zu einem Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Straf- und Zivilprozess (Stand 25. September 2008) (zit.: Komm. zhVEGOG)

Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafverfahren (GOG) vom 10. Mai 2010 (zit.: zhGOG)

Aus 29 mach 1, Konzept einer schweizerischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Bundesamt für Justiz, Bern 1997 (zit.: Aus 29 mach 1)

Hearings zum Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts». Protokolle und Stellungnahmen Bundesamt für Justiz, Bern Juli 1998 (zit.: Hearings)

Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001 (zit.: VE StPO)

Begleitbericht zum Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001 (zit.: Begleitbericht VE StPO)

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zur einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, EJPD, Bundesamt für Justiz, Bern 2003 (zit.: Vernehmlassung)

Entwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom 21. Dezember 2005, BBl. 2006, S. 1389 ff. (zit.: E StPO)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl. 2006, S. 1085 ff. (zit.: Botschaft E StPO)

Botschaft vom 25. April 1990 zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten, BBl. 1990, S. 961 ff. (zit.: Botschaft aOHG)

Botschaft vom 9. November 2005 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, BBl. 2005, S. 7165 ff. (zit.: Botschaft OHG)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl. 1997 I, S. 1 ff. (zit.: Botschaft BV)

Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozessordnung, Strafverfahren mit nicht-öffentlicher Hauptverhandlung (hrsg. von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer), Tübingen 1980 (zit. Arbeitskreis AE)

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
(a)chStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (in der bis 31. Dezember 2006 geltenden Fassung)
a.F.	alte Fassung
a.M.	am Main
AB NR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (Bern)
AB SR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat (Bern)
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (in der bis 31. Dezember 1999 geltenden Fassung)
agStPO	Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons Aargau vom 11. November 1958
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
AK	Reihe Alternativkommentare (Neuwied)
allg.	allgemein/e/er/es/en
aOHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4. Oktober 1991, in Kraft vom 1. Januar 1993 bis 31. Dezember 2008
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
beStrV	Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 15. März 1995
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Schweiz)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht; unpublizierte Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts

BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BJM	Basler juristische Mitteilungen (Reinach)
blStPO	Gesetz betreffend die Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999
BR	Bundesrat (Schweiz/Deutschland)
BR-Drucks.	Bundesrat Drucksache (Deutschland)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bsStPO	Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Januar 1997
Bst.	Buchstabe
BT-Drucks.	Bundestag Drucksache (Deutschland)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. April 1999
BVerfG	deutsches Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen; Entscheidungssammlung (Deutschland)
bzgl.	bezüglich
BZRG	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister vom 18. März 1971 in der Fassung der vom 21. September 1984 (Deutschland)
bzw.	beziehungsweise
chStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 in der Fassung nach der Änderung vom 13. Dezember 2002
chStPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007
d.h.	das heisst
Ders./ders.	Derselbe/derselbe
Diss.	Dissertation
DR	Decisions and Reports; Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, seit 1974

dStGB	Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland vom 15. Mai 1871 in der Fassung vom 13. November 1998
dStPO	Strafprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland vom 1. Februar 1877 in der Fassung vom 7. April 1987
dStVG	Strassenverkehrsgesetz vom 5. März 2003 (Deutschland)
E StPO	Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte)
Empfehlungen	Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 8. November 2006 (ergänzt am 27. November und 24. November 2008)
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Kehl am Rhein)
evtl.	eventuell
f.	und nächstfolgende Seite, nächstfolgende Bestimmung oder nächstfolgende Randnote
ff.	und nächstfolgende Seiten, nächstfolgende Bestimmungen oder nächstfolgende Randnoten
Fn.	Fussnote
frStPO	Strafprozessordnung des Kantons Freiburg vom 14. November 1996
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Heidelberg)
GBRR	Geschäftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zürich
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GH	Gerichtshof
gl.M.	gleicher Meinung
glStPO	Strafprozessordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965

GS	Der Gerichtssaal (deutsche Zeitschrift 1849–1942); Gedächtnisschrift
Habil.	Habilitation
HFR	Humboldt Forum Recht (Internet-Zeitschrift; Berlin)
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
i.Br.	im Breisgau
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966
JGG	Jugendgerichtsgesetz vom 11. Dezember 1974 (Deutschland)
JR	Juristische Rundschau (Berlin)
JuS	Juristische Schulung (München)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (München)
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung (Neuwied)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Baden-Baden)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	litera
L/R	Löwe-Rosenberg Kommentar zur Strafprozessordnung
LS	Zürcher Loseblattsammlung
luStPO	Gesetz über die Strafprozessordnung des Kantons Luzern vom 3. Juni 1957
m.H.	mit Hinweis/en
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MStP	Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (Schweiz)
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (München)
No.	Numéro
Nr.	Nummer

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (München)
nwStPO	Verordnung über den Strafprozess des Kantons Nidwalden vom 11. Januar 1989
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OBG	Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 (Schweiz)
OG	Obergericht
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten
OS	Zürcher Offizielle Sammlung
OWiG	deutsches Ordnungswidrigkeitengesetz
ProtKommKR	Protokoll der Kommission des Kantonsrats (Kanton Zürich)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RGBL	deutsches Reichsgesetzblatt
Richtlinien	Richtlinien des leitenden Oberstaatsanwaltes für den Umgang mit Gewaltdelikten vom 13. Dezember 2007 an die Staatsanwaltschaften im Kanton Zürich
RIDA	Revue Internationale de Droits de l'Antiquité
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bussgeldverfahren (Deutschland)
RKG	Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichts des Kantons Zürich
RpflEntlG	Deutsches Rechtspflegeentlastungsgesetz vom 26. April 1995
S.	Seite; Satz
SächsVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen
sgStP	Strafprozessgesetz des Kantons St. Gallen vom 1. Juli 1999
shStPO	Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 15. Dezember 1986
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung (Berlin)
sog.	sogenannt/e/er/es
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)

StraFo	Strafverteidiger Forum (München)
StV	Strafverteidiger (Frankfurt a.M.)
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz (Deutschland)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (Schweiz)
szStPO	Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz vom 28. August 1974
tgStPO	Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons Thurgau vom 30. Juni 1970/5. November 1991
u.a.	unter anderem
VE StPO	Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VOSTRA	Verordnung über das Strafregister vom 29. September 2006 (Schweiz)
vsStPO	Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. Februar 1962
WBA	Weisungen für die Untersuchungsführung an die Staats- anwaltschaften, Kreisschreiben der Oberstaatsanwalt- schaft des Kantons Zürich an die Staatsanwaltschaften (in der Fassung vom 13. Mai 2009)
WBA 1967	Weisungen der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich an die Bezirksanwaltschaften (Stand 1967)
WBA 1995	Weisungen für die Untersuchungsführung (Stand 1995)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
zhGOG	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafverfahren vom 10. Mai 2010
zhGVG	Gerichtverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976
zhKV	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005
zhStPO	Gesetz betreffend den Strafprozess des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919

zhVEGOG	Zürcherisches Gesetz über die Anpassung der kantonalen Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Zivil- und Strafsachen an die neuen Prozessgesetze des Bundes (Vorentwurf 2008)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (München)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)
z.T.	zum Teil

Einleitung

Das Strafbefehlsverfahren ist ein schriftliches Strafverfahren. Ohne Hauptverhandlung und im Regelfall ohne Anhörung des Beschuldigten durch die Strafbefehlsbehörde ergeht, basierend auf den Akten, eine Entscheidung, welche Schuldspruch und Strafhöhe enthält. Der Beschuldigte und berechtigte Dritte können unter Einhaltung einer kurzen Frist verlangen, dass die Sache im ordentlichen Verfahren beurteilt wird. Ohne eine solche Einsprache wird der Strafbefehl definitiv und vollstreckbar. 1

In der Schweiz basieren neun von zehn rechtskräftigen Verurteilungen auf einem Strafbefehl – Tendenz steigend. In Deutschland halten sich Strafurteil und Strafbefehl die Waage. Trotz der praktischen Relevanz ist das Strafbefehlsverfahren aber weder in der Wissenschaft noch im Alltag ein existentes Thema. Es fehlt das Spektakel. Keine Hauptverhandlung, kein Plädoyer, keine Urteilsöffnung – die Allgemeinheit nimmt nicht teil. Sie interessiert sich aber auch nicht dafür. Denn es handelt sich regelmässig um Betäubungsmitteldelikte, Verkehrsdelikte, minderschwere Delikte eben. Dennoch: Ein rechtskräftiger Strafbefehl ist unmittelbar vollstreckbar, dessen «Empfänger» wird verurteilt, bestraft und als vorbestraft registriert. 2

Wo aber bleiben die rechtsstaatlichen Prinzipien: Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Anklagegrundsatz, rechtliches Gehör – die eigentlichen Errungenschaften der Aufklärung? Das heutige Normalverfahren gewährt gerade mit diesen Prinzipien die für die Wahrheitsfindung und Verteidigung notwendigen Garantien. Jede Vereinfachung dieses Verfahrensganges muss also zunächst einmal zu einem «strukturellen Garantieverlust»¹ führen. 3

Diese Abweichungen sind im Strafbefehlsverfahren auf andere Weise auszugleichen. Zu diesem Zweck sieht das Strafbefehlsverfahren strukturelle Sicherungen vor und bietet Vorteile, welche dieses verkürzte Verfahren wiederum aufwerten und als mit einem Rechtsstaat vereinbar erscheinen lassen. 4

Gerade die Frage nach der Tauglichkeit dieser Sicherungen und dem Wert dieser Vorteile bietet vorliegend Anlass, dieses Massenverfahren auf seine Übereinstimmung mit den normativen Minimalanforderungen des reformierten Strafprozesses kritisch zu untersuchen. 5

¹ FEZER, ZStW 1994, S. 7; ob die gewährten Garantien im Normalverfahren wirklich dem Minimalstandard entsprechen oder eventuell darüber hinausgehen und deshalb Abweichungen zulassen, bleibt zu prüfen.

1. Problematik und Ausgangslage

- 6 Die Strafjustiz gilt heute als Delegationsempfänger für die Lösung zahlreicher sozialer Probleme.² Wird auf eine potentielle Bedrohung mit Strafnormen reagiert, suggeriert dies Sicherheit und bewirkt ein Abschieben der gesellschaftlichen Verantwortung in die Hand des Staates.³ Unter dieser Erwartungshaltung wird die Strafjustiz zum «Flaschenhals»⁴, da bei stets ansteigender Arbeitslast und gleichbleibenden personellen Ressourcen eine Erledigung der Fälle in befriedigender Zeit und Qualität unmöglich ist.⁵ Es sei denn, es werden wiederum **Entlastungsstrategien** entwickelt, welche dem überforderten Justizapparat Abhilfe leisten.⁶
- 7 An der Quelle des Problems würde eine gleichzeitige materielle **Entkriminalisierung** ansetzen, also die Abschaffung bestehender Straftatbestände bezüglich Verhaltensweisen, welche nicht (mehr) als strafwürdig erscheinen. Eine solche ist indes in Deutschland gar nicht, in der Schweiz jedenfalls nur sehr zögerlich zu erwarten.⁷ In Deutschland kann die Zurückhaltung damit erklärt werden, dass

² Zur Konzentration auf gravierende Straftaten in der nachhegelianischen Strafrechtsdogmatik und deren Einfluss auf die Gesetzeskodifikationen KUNZ, S. 32; mit einem Appell an den Gesetzgeber für eine «Verwesentlichung des Strafrechtsschutzes» siehe OBERHOLZER, AJP 1992, S. 13; DERS., ZStrR 1993, S. 160 ff.; MAIER, S. 1215.

³ SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 471 «Der Gesetzgeber hat auf die zunehmende Komplexität der sozialen Welt durch eine Intensivierung der legislatorischen Gesellschaftsteuerung und deshalb durch eine ungeheure Vermehrung des Normbestandes reagiert, wobei er [...] den Effekt produziert hat, dass das Strafrecht [...] heute wie ein Netz die gesamte gesellschaftliche Betätigung überwuchert.»; KUNZ, S. 22 «[...] vorschnell das Strafrecht aktiviert, um unliebsamem, aber nicht ernstlich sozial-schädlichem Verhalten entgegenzuwirken.»; zur Bedeutung «neuer» Strafnormen ausserhalb des Kernstrafrechts vgl. DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 67 ff.; in diesem Sinne auch DONATSCH, SJZ 2004, S. 322 f.; zur Inflation von Strafrechtsnormen insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht anschaulich BUSSMANN/LÜDEMANN, S. 227 ff.

⁴ OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 48; SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 465.

⁵ Etwas überspitzt LÄMMLI, S. 45: «Das halbe Volk müsste Richter sein, damit die Strafjustiz nicht zum Erliegen käme!»

⁶ Für die *Schweiz* OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 46 ff.; für die *deutsche* Entwicklung statt vieler ALBRECHT, KritV 1993, S. 163 ff.; DERS., KritV 2008, S. 39 ff.

⁷ *Schweiz*: Siehe dazu Motion Walter (08.3911 – Cannabis-Problematik konstruktiv angehen) mit der Forderung, die Ahndung von Cannabis-Konsum vom Straf(befehls)verfahren ins Ordnungsbussenverfahren zu transferieren, nachdem eine Initiative zur Entkriminalisierung von Cannabis-Konsum im Jahre 2008 abgelehnt wurde; *Deutschland*: zur Erinnerung an die *ultima ratio* des Strafrechts und zu den kurz auf-flackernden deutschen Entkriminalisierungsbestrebungen in den 90er Jahren vgl. die Vorschläge der Hessischen Kommission «Kriminalpolitik» zur Reform des Strafrechts, herausgegeben von ALBRECHT/HASSEMER/VOSS, als Ganzes.

diejenigen Rechtsverstösse, denen kein besonderer Unrechtsgehalt zugestanden wird, bereits aus dem materiellen Strafrecht ausgeschieden und in das Ordnungswidrigkeitenrecht verlagert worden sind.⁸ Bei den Verbleibenden wird eine Herabstufung für nicht mehr möglich erachtet, ohne dass «mit ungünstigen sozialpädagogischen Folgen der qualitative sozialethische Unterschied zwischen strafbarem Unrecht einerseits und Ordnungsunrecht andererseits»⁹ verlorengelange.

Als Folge dieser Entwicklung hat die Suche nach Entlastungsmechanismen, fernab von der Quelle, bereits in den 70er Jahren begonnen und dazu geführt, dass die traditionellen Prinzipien des reformierten Strafprozesses nach und nach mit neuen ergänzt oder durch diese ersetzt wurden.¹⁰ Neben einem gesteigerten **Opportunitätsprinzip**, welches den Strafverfolgungsbehörden in Abkehr vom reinen Legalitätsprinzip ein Ermessen über die Zweckmässigkeit einer Strafverfolgung einräumt,¹¹ haben konsensuale Elemente im Strafverfahren an Bedeutung gewonnen.¹² So sind heute **Absprachen** zwischen den Parteien, nach dem Vorbild des angloamerikanischen *plea bargaining*,¹³ auch in der Schweiz und in Deutschland nicht länger dem Zivilrecht vorbehalten. Sie gehören seit längerer Zeit, zunächst *praeter legem*, inzwischen in beiden Ländern legislatorisch abgesichert,¹⁴ zum Justizalltag.¹⁵

Zusätzlich zu dieser Neuordnung der Prozesstheorien wurden auch Anpassungen in organisatorischer Hinsicht vorgenommen, in erster Linie durch **Kompetenzverlagerungen** in und zwischen den Behörden. Dazu zählt die (vorwiegend fak-

⁸ KIRCH, S. 8 m.H. auf die Neufassung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten von 1968 (OWiG) und die Beseitigung der Übertretungen durch das EGStGB von 1974; dazu und zum Verfahren bei Ordnungswidrigkeiten siehe hinten N 117 f. und N 364.

⁹ KIRCH, S. 8 f. m.H. auf DREHER, S. 917 ff.

¹⁰ Zum «neuen» Strafprozess SINNER, S. 113 ff. m.w.H.; MAIER, S. 1216 ff. betont die Wiedergutmachung als dritte Spur des strafrechtlichen Sanktionensystems (S. 1224).

¹¹ Mit der Einführung des § 153a dStPO durch das EGStGB zum 1. Januar 1975 erging in Deutschland der erste deutliche gesetzgeberische Akt in diese Richtung; zur Systematik von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip ERB, S. 29 ff.; ROXIN/SCHÜNE-MANN, § 14 N 1 ff.; zur Entwicklung des Opportunitätsprinzips SINNER, S. 114 ff.; zur Anwendung des Opportunitätsprinzips in beiden Ländern siehe hinten N 104 ff.

¹² Statt vieler ALBRECHT, KritV 2008, S. 39 ff. m.w.H.

¹³ Einen Überblick über die Formen des angloamerikanischen Strafverfahrens bietet bspw. BICKEL, S. 34 ff.; im Vergleich mit dem schweizerischen abgekürzten Verfahren siehe auch BOMMER, ZSR 2009, S. 36 ff. und SCHWANDER, S. 142 ff.

¹⁴ Zum neuen *deutschen* § 257c dStPO (in Kraft seit 4. August 2009) und zu den *schweizerischen* Art. 358 ff. chStPO (ab 1. Januar 2011) siehe hinten N 84 ff.

¹⁵ Zur Anwendung informeller Absprachen liegen der Natur entsprechend keine offiziellen Zahlen vor, siehe aber die empirische Untersuchung in Deutschland von ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMERL/STAMMEN aus dem Jahre 2007, als Ganzes.

tische) Konzentration von Ermittlungskompetenzen auf der Ebene der Polizei,¹⁶ mit gleichzeitiger formaler Verschiebung der Erledigungskompetenzen weg vom Strafrichter, hin zu den Strafverfolgungsbehörden.¹⁷ Hinzu kommt die vermehrt zulässige Delegation von Erledigungskompetenzen durch Staatsanwälte an ihre Mitarbeiter.¹⁸ Auch diese Massnahmen basieren auf der Prognose, dass eine materielle Entkriminalisierung in naher Zukunft nicht erwartet werden kann.

- 10 Anschauliches Beispiel dafür ist das **Strafbefehlsverfahren**. In dessen Anwendungsbereich führt in der Regel die Polizei die Ermittlungen selbst bis zum Abschluss und überweist dann die Akten an die Untersuchungsbehörde. Hält diese die entsprechenden Voraussetzungen für erfüllt, erlässt sie unmittelbar nach Erhalt der Akten einen Strafbefehl (*Schweiz*) bzw. beantragt einen solchen beim Strafrichter (*Deutschland*). Eine mündliche Verhandlung findet nicht statt, selbst eine persönliche Anhörung des Beschuldigten durch die entscheidende Behörde ist in den meisten Fällen nicht zwingend.¹⁹ Eine Kompetenzverschiebung kann somit auf den ersten Blick bereits im Verhältnis des Strafbefehlsverfahrens zum Normalverfahren beobachtet werden. Allerdings handelt es sich hierbei um eine Systemanpassung, die bereits parallel zur Reformation des Strafprozesses im 19. Jahrhundert vorgenommen wurde und damit nicht auf heutige Entlastungsstrategien zurückgeführt werden kann.²⁰ Daraus kann geschlossen werden, dass die aktuellen Effizienzbestrebungen hier nicht zu einer Verschiebung der Kompetenzen, sondern zur **Erweiterung** dieser längst vorgenommenen Systemanpassung führen.²¹ Dies geschieht mittels Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens. Anstelle einer systematischen Neuschaffung von Kompetenzen werden bereits bestehende Mechanismen vermehrt genutzt: Je weiter der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens ausgedehnt wird, desto umfassender wird die (in Deutschland zumindest faktische) «Rechtsprechungskom-

¹⁶ Für die *Schweiz* DONATSCH, SJZ 2004, S. 322; OBERHOLZER, *forum* 2008, S. 48 f.; PIETH, AJP 2002, S. 627; für *Deutschland* BRÜNING, S. 27 f. m.w.H.; kritisch zur «Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens» ROXIN/SCHÜNEMANN, § 9 N 22; zur faktischen Herrschaft der Polizei über das Vorverfahren SESSAR, S. 1046.

¹⁷ OBERHOLZER, *forum* 2008, S. 48; zu den Opportunitätseinstellungen durch die *deutsche* Staatsanwaltschaft MEYER-GOSSNER, § 153a N 1 m.w.H.; zur gleichzeitigen Verschiebung der Ressourcenzuteilung ALBRECHT, *KritV* 2008, S. 44.

¹⁸ Bspw. im Kanton Zürich in § 25 zhStPO; siehe dazu hinten N 271 ff.

¹⁹ Siehe hinten N 315 ff.

²⁰ Zur Entwicklung umfassend MÜLLER, S. 167 ff. und hinten N 60 ff.

²¹ Siehe dazu anschaulich die Entwicklung im Kanton Basel-Stadt, wo das Verzeihungsverfahren aufgehoben und das Strafbefehlsverfahren gleichzeitig zur Verringerung des staatlichen Aufwandes ausgedehnt wurde, dazu eingehend MORSCHER, S. 169 ff., siehe insbesondere zur Motivation S. 177.

petenz»²² des Staatsanwaltes mit seinen Delegationsbefugnissen und desto offensichtlicher die Konzentration der Ermittlungstätigkeit auf Polizeiebene.

Im Gegensatz zu den relativ neuartigen Entlastungsstrategien «Opportunität» 11 und «Absprachen» handelt es sich beim Strafbefehlsverfahren demzufolge um eine **systemimmanente** und traditionelle Entlastungsstrategie. Seit dessen Einführung im vorletzten Jahrhundert gilt dieses Verfahren als bewährtes, wenn auch stets umstrittenes²³ Mittel zur Erledigung von «Bagatellfällen».

Beim Stichwort «Bagatelle» trifft man jedoch bereits auf den ersten bedeutenden 12 Schwachpunkt des heutigen Strafbefehlsverfahrens. Bei dessen Einführung war der **Anwendungsbereich** keineswegs grundlos eng begrenzt worden. Die damalige Konzeption war vom Anliegen geprägt, das Normalverfahren mit seinen umfassenden Verfahrensgarantien und seiner diesbezüglichen Schwerfälligkeit, der mittleren und schweren Kriminalität vorzubehalten. Für die minderschwere Kriminalität, deren geringere Straffolgen weniger belastende Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen darstellen, versuchte man, ein wendigeres Verfahren zu schaffen. Seither wurde der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens aber immer weiter ausgedehnt und hat inzwischen ein Ausmass erreicht, welches den Bereich der **Bagatellkriminalität** (selbst im populären Sinne des Begriffs)²⁴ um ein Weites übersteigt.²⁵ So kann heute im Strafbefehlsverfahren, welches einst nur für die Ausfällung einer Busse als Punktstrafe bei Übertretungen anwendbar war, im Extremfall eine unbedingte Freiheitsstrafe für ein Verbrechen verhängt werden.²⁶

Als Folge dieser Entwicklung nimmt der Strafbefehl heute einen Grossteil der 13 rechtskräftigen Verurteilungen ein.²⁷ Das so genannte Normalverfahren, hervorgegangen aus dem Gedankengut der Aufklärung und des Liberalismus des 19. Jahrhunderts, ist in der Rechtswirklichkeit zur Ausnahme geworden. Offensichtlich bindet die Umsetzung von Verfahrensgarantien «Ressourcen, die in Zeiten

²² Siehe dazu hinten N 277 ff. (insbesondere N 281).

²³ Als schärfste Kritiker des Strafbefehlsverfahrens zu Beginn des 20. Jahrhunderts dürften wohl PFENNINGER, ZStrR 1919, S. 376 für die *Schweiz* und BINDING, Grundriss, S. 214 für *Deutschland* genannt werden.

²⁴ Zur kritischen Auseinandersetzung mit dem Begriff an sich siehe hinten N 362 ff.

²⁵ BÖTTCHER, S. 316; L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 26; in der *Schweiz* zuletzt durch die Festsetzung der Strafobergrenze für das schweizerische Strafbefehlsverfahren auf sechs Monate Freiheitsstrafe; in *Deutschland* durch die Wiedereinführung der Freiheitsstrafe (bis zu einem Jahr auf Bewährung) als mögliche Rechtsfolge im Strafbefehlsverfahren im Jahr 1993; zur gesetzlichen Regelung des Anwendungsbereichs siehe hinten N 366 ff.

²⁶ Siehe dazu eingehend hinten N 373 ff.

²⁷ Zu den Zahlen siehe hinten N 125 ff.

ausufernder Strafnormen nicht mehr vorhanden sind»²⁸. Dass der reformierte Strafprozess somit möglicherweise rechtsstaatliche Einbussen zugunsten seiner eigenen Durchführbarkeit erleidet,²⁹ erscheint paradox. Anstatt aber das für die Praxis zweifellos unverzichtbare Strafbefehlsverfahren durch partiell verstärkte **Verfahrensgarantien** dem erweiterten Anwendungsbereich anzupassen, werden diese immer weiter beschränkt³⁰ oder wie *Albrecht* eindringlich formuliert: «in Prozessen heftiger Erosion verschlissen»³¹.

- 14 Dennoch wird das Strafbefehlsverfahren in der Regel deshalb als rechtsstaatlich unbedenklich beurteilt, *weil* der Beschuldigte stets die Wahl hat, nach Erhalt des Strafbefehls ein ordentliches Verfahren anzustreben. Dies zeigt zugleich, dass das Strafbefehlsverfahren *an sich* gerade nicht unbedenklich ist, es aber dem Beschuldigten überlassen wird, diesbezügliche Defizite zu akzeptieren.³² Die Verfahrensgarantien werden demnach nicht grundsätzlich zurückgestuft oder verdrängt, sondern in die **Disposition des Beschuldigten** gestellt. Durch die Einspruchsmöglichkeit wird dem Beschuldigten die Wahl gelassen, ein Streitiges Verfahren nach (beinahe)³³ alter Ordnung anzustreben oder dann durch **Konsens** – in Form der Einspracheunterlassung – auf diese Verfahrensgarantien zu verzichten. Einem ursprünglich zwingend durchzuführenden Normalverfahren wird, zumindest auf den ersten Blick, die dem zivilrechtlichen Vertragsgedanken zugrunde liegende Regel *volenti non fit iniuria* (dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht) gegenübergestellt.³⁴ Die ökonomisch motivierte «Konsensual-

²⁸ OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 48.

²⁹ Zur Ökonomisierung der Justiz vgl. ALBRECHT, KritV 2008, S. 43; ZIPF, C 69.

³⁰ So wurde in den parlamentarischen Beratungen zur *schweizerischen* Strafprozessordnung nicht etwa nur die Entlastung der Strafjustiz durch Erweiterung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens, sondern gleichzeitig auch die Effizienzsteigerung innerhalb des Verfahrens gefordert: «Beim Strafbefehlsverfahren [...] spricht sich die Kommission für gewisse Änderungen zur Verbesserung der Effizienz des Verfahrens aus. So streicht die Kommission die Bestimmung, wonach die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, die beschuldigte Person bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe in jedem Fall zu verurteilen. Sie beantragt überdies, dass auf das Recht der Privatklägerschaft, gegen den Strafbefehl Einsprache zu erheben, verzichtet werden soll. Entgegen dem Antrag des Bundesrates soll der Strafbefehl zudem keine kurze Begründung des Strafmasses mehr enthalten müssen.», AB SR 2006, S. 983 ff., S. 984; dazu hinten N 241, N 317, N 332.

³¹ ALBRECHT, KritV 2008, S. 39.

³² In diesem Sinne auch DENCKER, StV 1994, S. 503.

³³ Siehe hinten N 458 ff.

³⁴ Zum Vertragsgedanken im Strafprozessrecht SINNER, als Ganzes; ZIMMERLIN, S. 2 «dahinter steht der Gedanke, dass mit dem Verzicht auf Verfahrensrechte der Wunsch nach effizienter Strafergerichtsbarkeit und der Anspruch des Beschuldigten auf faire Behandlung gleichsam miteinander versöhnt werden können: [...]».

sierung»³⁵ – hier in Form des **Verzichts** – findet sich also auch im Strafbefehlsverfahren wieder, wobei sich der Staat in diesem Bereich der alleinigen Verantwortung für das Urteil entledigt.³⁶ Ob diese Erscheinungsform des Verzichts so einfach ins Strafrecht übertragen und nach eben dargestelltem Schema angewendet werden kann, ist zu prüfen.³⁷

Eine weitere Unsicherheit des Strafbefehlsverfahrens schlägt sich in der Diskussion um das Fehlverurteilungsrisiko nieder. Das Prinzip der Erforschung der **materiellen Wahrheit** ist im reformierten Strafprozess tief verankert und gilt als oberstes Ziel des Strafverfahrens.³⁸ Nun stellt sich zunächst die Frage, ob die Wahrheitsfindung in einem verkürzten Verfahren überhaupt erreicht werden kann.³⁹ Jedenfalls kann aber, auch ohne weitere Überprüfung, davon ausgegangen werden, dass die Gefahr, ein materiell falsches Urteil zu erlassen, bei einem verkürzten Verfahren, ohne Anhörung des Beschuldigten, erheblich erhöht sein dürfte.⁴⁰ Dem gängigen Gegenargument, der Beschuldigte würde sich gegen einen falschen Strafbefehl schon zur Wehr setzen, weshalb ein akzeptierter Strafbefehl als materiell richtig angesehen werden könne,⁴¹ muss entgegengehalten werden, dass sich eine Einsprache oft aus finanziellen und persönlichen Gründen auch bei einer Fehlverurteilung nicht lohnt. Zudem ist auch ein Fehlurteil *zugunsten* des Beschuldigten denkbar, welches dem Prinzip der materiellen Wahrheit ebenso widerspricht und von diesem wohl kaum angefochten wird.⁴²

Die Gefahr eines materiellen Fehlurteils wird im Kräftespiel der Verfahrensziele jedoch regelmässig dann hingenommen, wenn die **Wiederherstellung des Rechtsfriedens** höher gewichtet wird und das Urteil auf einem justizförmigen Verfahren beruht.⁴³ Durch die schnelle Erledigung scheint diesem ersteren Ziel im Strafbefehlsverfahren tatsächlich vermehrt nachgekommen zu werden. Da aber gleichzeitig sowohl die Wahrheitsermittlung als auch die Justizförmigkeit

³⁵ ALBRECHT, KritV 2008, S. 46 ff.

³⁶ In diesem Sinne auch MALEIKA, S. 125; WEIGEND, JZ 1990, S. 774.

³⁷ Siehe hinten N 444 ff.

³⁸ Statt vieler SCHMID, Strafprozessrecht, N 268 ff. für die *Schweiz* und ROXIN/SCHÜ-NEMANN, § 1 N 2 ff. für *Deutschland*.

³⁹ Dazu hinten N 188 ff.

⁴⁰ Siehe dazu die Studie von KILLIAS/GILLIÉRON/DONGOIS (2007) über Justizirrtümer in der Schweiz, bei welcher sich das Strafbefehlsverfahren (wenig überraschend) als besonders anfällig herausgestellt hat; zum Ergebnis siehe zunächst zusammenfassend GILLIÉRON/KILLIAS, S. 379 ff.; sodann eingehend GILLIÉRON, S. 101 ff.

⁴¹ So statt vieler DONATSCH/CAVEGN, S. 161.

⁴² Zum Ganzen siehe hinten N 352 ff. und zur beschränkten Einspracheberechtigung Dritter hinten N 423 ff.

⁴³ Zur «Gerechtigkeit im Fehlurteil» umfassend TRECHSEL, ZStrR 2000, als Ganzes; ARZT, FS-Schmid, S. 634 zur Verlagerung weg von der materiellen Richtigkeit, hin zur Verfahrensgerechtigkeit.

beeinträchtigt scheinen, drängt sich die Frage auf, ob den ursprünglichen Zielen und Prinzipien des Strafverfahrens noch die ursprüngliche Geltung zukommen.⁴⁴ Möglicherweise hat die Modernisierung des Strafverfahrens bereits dazu geführt, dass der Konsens zwischen Staat und Individuum die Legitimationsfunktion der materiellen Wahrheit übernommen hat.⁴⁵

- 17 Geht man jedoch (aus noch zu erörternden Gründen) davon aus, dass die Ziele und Prinzipien des Normalverfahrens grundsätzlich auch für das Strafbefehlsverfahren gelten sollen, so ist zu prüfen, inwieweit das Strafbefehlsverfahren vom Normalverfahren abweicht und dadurch Garantiedefizite entstehen. Für diejenigen **Defizite**, welche strukturell begründet sind, ist zu überprüfen, ob ein systemimmanenter **Ausgleich** gefunden werden kann. So wäre ein Ausgleich der Abweichungen bei besonderen Vorteilen (Stichworte: Prozessökonomie, Verhältnismässigkeit, Beschuldigteninteresse) und strukturellen Sicherungen (Stichworte: Beschränkung des Anwendungsbereichs, konkrete Eignung des Falles, Einsprachemöglichkeit, bzw. Verzicht auf Einsprache) innerhalb des Strafbefehlsverfahrens denkbar.
- 18 In diese zweite Kategorie gehört möglicherweise auch das **Geständnis**. Dieses spielt in den Bestimmungen zum Strafbefehlsverfahren eine vielversprechende, wenn auch undurchsichtige Rolle. Während im Kanton Zürich ein Geständnis für die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens zwingend und in der schweizerischen Strafprozessordnung alternativ vorausgesetzt wird, findet das Geständnis in der deutschen Strafbefehlsregelung keine Erwähnung.⁴⁶ Die Frage, ob eine Geständnisvoraussetzung gewisse Garantiedefizite, die dem Strafbefehlsverfahren anhaften, bspw. durch seine Aufklärungs- und Beweisfunktion ausräumen könnte, ist bislang nicht vertieft diskutiert worden, seine Rolle im Strafverfahren überdies keineswegs klar. Immerhin wäre demgegenüber auch denkbar, dass ein Geständnis, wird es zur Voraussetzung erhoben, zu einer Scheinwahrheit verleitet und den Beschuldigten unter Druck setzt und damit eher selbst ein Defizit des Strafbefehlsverfahrens darstellt.
- 19 Möglicherweise liegt der **Legitimationswert** des Geständnisses im Strafbefehlsverfahren weniger in der Beweisfunktion als in einer Verstärkung des Konsenses durch aktive Einlassung – zusätzlich zur passiven Einspracheunterlassung. Unabhängig davon stellt sich schliesslich die Grundsatzfrage nach den **Anforderungen** an ein strafrechtlich relevantes Geständnis, wobei sich diese Problematik im gesamten Spektrum der Verfahrensarten widerspiegelt.

⁴⁴ Zur Diskussion um die Absage an die Wahrheit als Konsequenz ihrer Schwierigkeit, zusammenfassend STAMP, S. 155 ff.

⁴⁵ Zur «Entzauberung» der materiellen Wahrheit WESSLAU, S. 106 ff.; ALBRECHT, KritV 2008, S. 46 ff.; zum gesellschaftlichen Wandel als formende Kraft auch des Strafprozessrechts siehe FRISCH, S. 203 f.; dazu hinten N 35 ff.

⁴⁶ § 317 Abs. 1 zhStPO; Art. 352 Abs. 1 chStPO; §§ 407 ff. dStPO.

2. Ziel und Gang der Untersuchung

Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, die *strukturellen* Garantiedefizite des Strafbefehlsverfahrens zu erkennen und die Tauglichkeit systemimmanenter Ausgleichsmechanismen zu ermitteln. Darüber hinaus gilt es, die Funktion des Geständnisses als Voraussetzung im Strafbefehlsverfahren zu erfassen. Parallel dazu zielt die vorliegende Arbeit darauf ab, die *nicht-strukturellen* Defizite durch gezielte Verbesserungen zu beheben. 20

Im **1. Teil** werden die Grundlagen des Strafbefehlsverfahrens, namentlich die Systematik, die Entwicklung, die Stellung innerhalb der vereinfachten Verfahren sowie die praktische Relevanz dargelegt. Im **2. Teil** wird das Wesen des Verfahrens anhand seiner Besonderheiten erarbeitet, wobei allfällige Garantiedefizite aufgedeckt und für die nicht-strukturellen sogleich Behebungsmöglichkeiten erarbeitet werden. Für diejenigen Defizite, welche sich aus der Struktur des Strafbefehlsverfahrens ergeben, wird im **3. Teil** nach einem systemimmanenten Ausgleich durch besondere Vorteile und strukturelle Sicherungen gesucht. Das Geständnis als Voraussetzung für die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens wird im **4. Teil** gesondert untersucht, da auf den ersten Blick nicht klar ist, ob dieses als strukturelle Sicherung oder eher als Defizit des Strafbefehlsverfahrens anzusehen ist. Darauf folgt eine kurze **Zusammenfassung** der Ergebnisse, wobei Lösungsansätze angeschnitten werden, auf einen ausformulierten Vorschlag *de lege ferenda* indes aufgrund (noch) ungelöster rechtspolitischer Fragen bewusst verzichtet wird. 21

3. Untersuchungsmethode Rechtsvergleichung

Das Ziel der Rechtsvergleichung liegt im Allgemeinen darin, Unterschiede und Gemeinsamkeiten verschiedener Rechtsordnungen zu erkennen, deren Ursachen zu analysieren und damit neue Erkenntnisse für Wissenschaft und Praxis zu gewinnen. Die Rechtsvergleichung dient der Relativierung der im eigenen System geltenden Regelungen und erweitert im Vergleich zu einer isolierten Betrachtung den Horizont der Möglichkeiten. 22

Bei der Untersuchung des Strafbefehlsverfahrens wird vorliegend auf die Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland abgestellt. In beiden Ländern sind Effizienzbestrebungen im Gange und beide Systeme begegnen dabei ähnlichen Schwierigkeiten. Die Wege, die zur Lösung dieser Probleme beschritten werden, sind aber oftmals unterschiedlich. Auch wenn die vorliegend gegenübergestellten Strafprozessordnungen auf ein und demselben kontinentaleuropäischen Fundament, namentlich dem System des gemischten Verfahrens be- 23

- ruhen,⁴⁷ weisen sie in den Details doch bemerkenswerte Unterschiede auf, welche ihrerseits differenzierte Probleme mit sich bringen.
- 24 In der Schweiz lag das Verfahrensrecht bis anhin in der Gesetzgebungskompetenz der Kantone.⁴⁸ Entsprechend bestehen heute 26 kantonale Strafprozessordnungen.⁴⁹ Diese wurden inzwischen zusammen mit der Bundesstrafprozessordnung zu einer gesamtschweizerischen Strafprozessordnung vereinheitlicht, welche 2011 in Kraft treten wird. In Deutschland existiert seit 1877 ein einheitliches Strafverfahrensrecht, aktuell in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 mit zahlreichen Änderungen bis heute.
- 25 Durch die gegenwärtige Rechtszersplitterung in der Schweiz auf dem Gebiet des Verfahrensrechts ist es kaum möglich, Eigenheiten der kantonalen Bestimmungen im Detail zu untersuchen. Zudem unterliegen die kantonalen Strafprozessordnungen, insbesondere seit Bekanntwerden der Stossrichtung der Vereinheitlichung, einem raschen Wandel. Die konkrete, systematische Untersuchung konzentriert sich deshalb auf die zürcherische (zhStPO), die schweizerische (chStPO) und die deutsche Strafprozessordnung (dStPO). Ihre quantitative Relevanz, ihre effektive Vergleichbarkeit und die konkreten Unterschiede bieten diese Gegenüberstellung geradezu an:
- 26 So kann die deutsche Lehre mit ihrer reichen Prozessdogmatik für eine wissenschaftliche Abhandlung zum Schweizer Verfahrensrecht eine wertvolle Grundlage schaffen. Die Tatsache, dass die zürcherische Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 mit einem Teil der Institute in der schweizerischen aufgehen wird, spricht überdies dafür, der nur noch für das zürcherische Recht geltenden Geständnisvoraussetzung nachzugehen. Sollte sich das Geständnis als wesentliche Aufwertung des Strafbefehlsverfahrens erweisen, wäre es leichtfertig, das Institut der Geständnisvoraussetzung mit dem zürcherischen Strafprozessrecht unter-

⁴⁷ Als Grundsatz der vorliegend untersuchten Rechtssysteme gilt die Vermischung des ursprünglich inquisitorischen mit den Vorteilen des adversarischen Verfahrens, indem die ersten Verfahrensabschnitte noch immer vom Inquisitionsprinzip beherrscht werden, während die Entscheidungsphase vor Gericht nach akkusatorischen Prinzipien ausgestaltet ist, wobei die Grenzen erstens fließend (und dynamisch) sind und zweitens in den beiden Ländern unterschiedlich gezogen werden; siehe dazu KÜHNE, N 10; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 4 N 1, 12.

⁴⁸ Im Jahr 2000 ermächtigte das Schweizer Volk und die Stände den Bund auf dem Wege einer Verfassungsänderung in Art. 123 Abs. 1 BV generell zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts.

⁴⁹ Zusammen mit den drei Prozessgesetzen des Bundes (Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege, BStP, SR 312.0; Militärstrafprozess vom 23. März 1979, MStP, SR 322.1; Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, VStrR, SR 313.0) war das Strafbefehlsverfahren bisher gar 29-fach geregelt.

gehen zu lassen. Sodann werden besondere Strukturen auf der Ebene der deutschen Zuständigkeiten sichtbar, welche es in der Schweiz zumindest zu diskutieren gilt. Der Einbezug der zürcherischen Strafprozessordnung bietet des Weiteren einen wertvollen Einblick in ein effektiv praktiziertes und auf seine Verfassungsmässigkeit überprüfbares Verfahren.⁵⁰ Es versteht sich indessen von selbst, dass bei den gewählten Gesetzen die zum Teil aus systematischen Gründen fehlende Vergleichbarkeit einiger Behörden und Verfahrenssituationen stets im Auge behalten werden muss.

Vorliegend wird auf einen grundlegenden Systemvergleich verzichtet und die jeweilige Regelung unmittelbar und nur soweit relevant zum Vergleich herangezogen. Diese, auch als «dialektische»⁵¹ Methode der Rechtsvergleichung bezeichnete Vorgehensweise, soll zu einer lebendigen und praxisnahen Untersuchung führen, wobei aber die Dreiteilung in der Reihenfolge zürcherisch-schweizerisch-deutsch aus Rücksicht auf die Leserführung innerhalb der Kapitel betreffend die gesetzlichen Regelungen erhalten bleiben soll. 27

4. Terminologie

Für den Betroffenen im Strafbefehlsverfahren wird vorliegend im Zusammenhang mit schweizerischem Recht bis zum Stadium des rechtskräftigen Strafbefehls die Bezeichnung **Beschuldigter** verwendet. Damit wird dem gesamtschweizerischen Recht gefolgt, welches den Weg der sprachlichen Vereinfachung gewählt hat.⁵² Der Begriff soll der Verständlichkeit halber auch für das deutsche Recht benutzt werden, allerdings nur bis kurz vor Erlass des Strafbefehls, da der Betroffene nach deutscher Terminologie im Zeitpunkt des Strafbefehlserlasses zum **Angeklagten** wird.⁵³ 28

In Deutschland wird der Rechtsbehelf gegen den Strafbefehl **Einspruch**, in der zürcherischen und schweizerischen Strafprozessordnung **Einsprache** genannt. In länderspezifischen Teilen wird der jeweilige Begriff, in den allgemeinen Ausführungen werden beide Begriffe austauschbar verwendet. 29

⁵⁰ Das schweizerische Prozessrecht kann (da Bundesrecht) im Gegensatz zur bisherigen kantonalen Gesetzgebung und der deutschen Strafprozessordnung im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle nicht mehr auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden.

⁵¹ TSCHENTSCHER, S. 807 «[...] da wird eher intuitiv assoziiert, eklektisch aneinandergereiht, beliebig verwiesen. [...]. Was auf den ersten Blick unsystematisch, ja unwissenschaftlich erscheint, kann als *dialektische* Methode der Rechtsvergleichung beschrieben werden, bei welcher Erkenntnisinteresse und Erkenntnisgegenstände sich in einem Kreisprozess gegenseitig bedingen und befruchten.»

⁵² Art. 111 chStPO; Botschaft E StPO, S. 1166.

⁵³ § 409 Abs. 1, S. 1, Nr. 1 dStPO.

- 30 Als **Vernehmung** (Deutschland) bzw. **Einvernahme** (Schweiz) wird eine rechtlich relevante, formalisierte polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Befragung einer Person mit entsprechender Protokollierung verstanden. In länderspezifischen Teilen wird der jeweilige Begriff, in den allgemeinen Ausführungen werden beide Begriffe austauschbar verwendet.
- 31 Als **schweizerisch** wird sowohl die vereinheitlichte Strafprozessordnung als auch all das bezeichnet, was bereits bis anhin für die ganze Schweiz Geltung hatte (Rechtsprinzipien, BV, chStGB, Lehrmeinungen etc.).
- 32 Für den von einer Straftat Betroffenen werden die Begriffe **Verletzter** und **Geschädigter** gleichbedeutend und im Sinne von Sammelbegriffen verwendet. Währenddessen werden die Begriffe **Opfer**, **Privatkläger**, **Privatstrafkläger** und **Nebenkläger** nur bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen im jeweiligen Rechtskreis benutzt.
- 33 Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf Doppelnennungen der männlichen und weiblichen Form verzichtet und nur die männliche Form benutzt.

5. Themenbeschränkung

- 34 Besondere Formen des Strafbefehlsverfahrens, wie der Strafbefehlserlass durch den Bezirksrichter im zürcherischen Ehrverletzungsverfahren⁵⁴ oder das Strafbefehlsverfahren nach Eröffnung des deutschen Hauptverfahrens,⁵⁵ werden vorliegend nicht behandelt. Ebenfalls ausgeklammert werden das Verfahren bei Jugendlichen und die Besonderheiten bei Einsprachen gegen Kostenentscheide. Dasselbe gilt für die neuere Entwicklung der Schnellverfahren, welche zurzeit in der Schweiz für Grossveranstaltungen geprüft und getestet werden.

⁵⁴ § 326 zhStPO; SCHMID, Strafprozessrecht, N 891.

⁵⁵ § 408a dStPO; dazu ausführlich VIVELL, S. 117 ff.; MARTIN, S. 121 ff.

1. Teil: Grundlagen des Strafbefehlsverfahrens

1. Systematik

1.1 Abkehr vom reformierten Strafprozess?

Bevor das Strafbefehlsverfahren nachfolgend im Verhältnis zum Normalverfahren untersucht wird, soll erst geklärt werden, ob damit im Grundsatz überhaupt dieselben Ziele verfolgt werden und ob es den Anspruch hat, den Prinzipien des reformierten Strafprozesses in irgendeiner Form gerecht zu werden. 35

1.1.1 Verfahrensziele des reformierten Strafprozesses

Der reformierte Strafprozess des ausgehenden 19. Jahrhunderts basiert auf der Grundidee, dass sich richterliche Organe, durch intensive Sachaufklärung, um eine möglichst verlässliche Tatsachengrundlage für die abschliessende Entscheidung des Gerichts zu bemühen haben.⁵⁶ Dabei kann Strafrecht nur von staatlichen Organen durchgesetzt werden, wobei der strafprozessuale Grundsatz gilt: «Keine Strafe ohne ordnungsgemässes staatliches Verfahren».⁵⁷ Das Verfahren dient dabei nicht nur der Durchsetzung des materiellen Rechts, sondern garantiert darüber hinaus als soziales System eine formalisierte Klärung und Verarbeitung der Tat.⁵⁸ Neben dem Recht auf Bestrafung von Rechtsbrechern obliegt dem Staat auch eine Justizgewährungspflicht. Diese besagt zunächst, dass in organisatorischer Hinsicht ein Instrumentarium zur Verfügung gestellt werden muss, welches die Verfolgung von Straftaten ermöglicht.⁵⁹ Daraus folgt das Legalitätsprinzip, welches im Wesentlichen die Aufgabe des Staates beinhaltet, die bekannt gewordenen Straftaten aus eigenem Antrieb zu untersuchen und die Verfolgung des wahren Rechtsbrechers (und so den Schutz der Gesellschaft) zu garantieren.⁶⁰ Tat und Täter sollen abgeurteilt und der Rechtsfrieden damit wiederhergestellt werden. Bei einer solchen, staatlichen Machtkonzentration und dem Streben nach Wahrheit und Aufklärung muss gleichzeitig garantiert werden können, dass ein Beschuldigter, ob schuldig oder unschuldig, vor einem übermässigen Eingriff in seine persönliche Freiheit geschützt wird.⁶¹ Schliesslich sind 36

⁵⁶ WEIGEND, ZStW 2001, S. 271 zum «Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit», welches schon während der Inquisition – aus damaliger Sicht – als Grundlage galt.

⁵⁷ Statt vieler SCHMID, Strafprozessrecht, N 7, 74 f.

⁵⁸ Dazu ausführlich MÜLLER, S. 123 ff. m.w.H.

⁵⁹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 80; PETERS, Strafprozess, S. 21.

⁶⁰ Zur Schwierigkeit der Terminologie ERB, S. 23 ff.

⁶¹ KK-PFEIFFER, Einleitung, N 1.

bei der Erfüllung dieser Funktionen die beschränkten finanziellen und personellen Ressourcen des Staates zu berücksichtigen.

- 37 Zusammengefasst besteht das Ziel eines Strafverfahrens darin, mit den zur Verfügung stehenden Mitteln eine auf Wahrheit beruhende, das materielle Recht durchsetzende, justizförmig zustande gekommene und abschliessende Entscheidung über den Verdacht einer Straftat zu treffen. Die einzelnen Ziele des sich an den staatstheoretischen Prinzipien *Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit* orientierenden Strafverfahrens sind demnach Wahrheitsfindung, Normdurchsetzung, Justizförmigkeit, Rechtsfrieden und Prozessökonomie.⁶² Die Aufgabe der Strafjustiz besteht schliesslich darin, die Ziele des reformierten Strafprozesses (gemeinsam mit dem in neuerer Zeit hinzukommenden Sozialstaatsgedanken)⁶³ in einem Verfahren und dem daraus hervorgehenden Urteil bestmöglich zu vereinen.⁶⁴

1.1.2 Verfahrensprinzipien im reformierten Strafprozess

- 38 Aus den Verfahrenszielen lassen sich diverse Verfahrensprinzipien ableiten, nach welchen ein Strafverfahren durchzuführen ist. Dabei wird unterschieden zwischen den klassischen (Anklagegrundsatz, Oficialmaxime etc.) und den konventions- und verfassungsrechtlichen (rechtliches Gehör, faires Verfahren etc.) Prinzipien. Während erstere eher programmatische Funktion haben und Leitlinien für die Rechtsetzung darstellen, werden letztere als Überbegriffe für bereits bestehende gesetzliche Regelungen angesehen.⁶⁵ Weiter ist zu unterscheiden, ob sie absolut sind oder aber flexibel ausgestaltet werden können.⁶⁶ Die flexiblen Prinzipien haben in der Regel einen Gegenpart. So steht dem Legalitäts- das Opportunitätsprinzip und dem Mündlichkeits- der Schriftlichkeitsgrundsatz gegenüber. Dabei sind jeweils beide Prinzipien bis zu einem gewissen Grad vertretbar, das eine überwiegt jedoch klar, während das andere nur unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar ist.⁶⁷
- 39 Aus dem Ziel der Wahrheitserforschung geht in erster Linie der Ermittlungsgrundsatz hervor, welcher die Erforschung der materiellen Wahrheit von Amtes

⁶² ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1 N 2 ff.; RÖNNAU, S. 68; SINNER, S. 36 ff., 78 ff.

⁶³ Zum Sozialstaatsprinzip im deutschen Grundgesetz (Art. 20 GG) siehe statt vieler ROXIN/SCHÜNEMANN, § 2 N 10.

⁶⁴ WEIGEND, Grundprinzipien, S. 263 sieht die schwierigste Aufgabe jeder Verfahrensordnung darin, «[...] aus den häufig in verschiedene Richtungen weisende Vektoren ein funktionierendes prozessuales Kraftfeld aufzubauen».

⁶⁵ Zu dieser Unterscheidung siehe ZIMMERLIN, N 30.

⁶⁶ SCHMID, Strafprozessrecht, N 71.

⁶⁷ Siehe bspw. zum Mündlichkeits- und Schriftlichkeitsgrundsatz hinten N 152 ff.

wegen verlangt. Aber auch die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit eines Verfahrens sowie das rechtliche Gehör gelten als wahrheitsfördernd.⁶⁸

Das Ziel der Justizförmigkeit des Verfahrens, welches sich in erster Linie auf die Achtung der Menschenwürde stützt, führt ebenfalls zu einem System von Verfahrensprinzipien, auf die sich Einleitung, Durchführung und Form des Verfahrens sowie das Beweisverfahren stützen müssen.⁶⁹ Neben den Individualrechten, wie dem Recht auf wirksame Verteidigung, werden zur Verhinderung von Machtmissbrauch unter anderem auch die Trennung der Behörden und ihre gegenseitige Kontrolle vorgesehen. Diese Prinzipien wiederum sind teilweise als konkrete Verfahrensrechte gesetzlich, verfassungs- und konventionsrechtlich verankert. 40

Die zahlreichen Verfahrensprinzipien können selten dem einen oder anderen Ziel exklusiv zugeordnet werden, sondern dienen meist gleichzeitig mehreren Zielen. Beispielsweise fördert das Prinzip des rechtlichen Gehörs nach überwiegender Ansicht neben der Verteidigung auch die Wahrheitserforschung.⁷⁰ 41

1.1.3 Neue Prozesstheorien

Wie die Vielzahl von nicht nur neu geschaffenen, sondern auch immer häufiger praktizierten vereinfachten Verfahren zur «Erledigung»⁷¹ von Straffällen zeigt, ist die Orientierung an den Verfahrensprinzipien des reformierten Strafprozesses im modernen Prozessdenken längst nicht mehr unantastbar.⁷² Die Prinzipien werden immer stärker in den Bereich der Schwerekriminalität zurückgedrängt, wobei sich die Grenze zwischen schwerer und minderschwere Kriminalität mit dieser Entwicklung ebenfalls nach oben verschiebt. Dies beschleunigt wiederum die Tendenz zu Zwei-Klassen-Verfahren: Einige wenige aufwendige Hauptverhandlungen «für das Volk» auf der einen Seite – beschleunigte, auf Unterwerfung des Beschuldigten unter den Urteilsspruch beruhende Alltagsverfahren für die grosse Masse der Fälle auf der anderen Seite.⁷³ Begriffe wie *Konsens*, *Kooperation* und *Effizienz* sind nicht mehr aus der Strafprozessrechts-Diskussion wegzudenken. Diese neuen Prozessmaximen sind auf den ersten Blick mit den Verfahrensprinzipien des reformierten Strafprozesses nicht zu verein- 42

⁶⁸ Zum Prinzip der materiellen Wahrheit siehe nur STAMP, als Ganzes.

⁶⁹ Siehe dazu die Übersicht bei ROXIN/SCHÜNEMANN, § 10 N 1.

⁷⁰ Zum rechtlichen Gehör N 192 ff. (Vorverfahren) und N 319 ff. (Strafbefehlsverfahren).

⁷¹ WEIGEND, ZStW 2001, S. 273 «wobei diese verräterische Vokabel die Einstellung der Verfahrensbeteiligten mit ernüchternder Deutlichkeit zu erkennen gibt».

⁷² So deutlich RÖNNAU, S. 69 f.; WEIGEND, JZ 1990, S. 780: «Paradigmawechsel».

⁷³ WEIGEND, ZStW 2001, S. 274 zur Gegenentwicklung dieser «show cases».

- baren, da sie, die ursprünglichen Ziele weitgehend ignorierend, scheinbar nur auf Entlastung ausgerichtet sind.⁷⁴
- 43 Gründe für kurze Prozesse lassen sich aber auch in anderen neueren Entwicklungen des Strafrechts finden. Neben der zunehmenden Kriminalisierung im Bereich der Klein- und Wirtschaftskriminalität fordern auch Änderungen im Bereich der Straftheorien Anpassungen im Strafprozessrecht.⁷⁵ Vorherrschender Strafzweck ist längst nicht mehr die Vergeltung, sondern vielmehr die Normstabilisierung. Der Staat gilt nicht mehr nur als Obrigkeit, sondern auch und vor allem als Instrument der Gemeinschaft zur Aufrechterhaltung des Gemeinschaftsfriedens. Ein auf *Frieden* ausgerichtetes Verfahren muss gegenüber den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit vor allem den Eindruck erwecken, dass alle Betroffenen in angemessener Weise gehört wurden und dass in erster Linie nach einem Kompromiss gesucht wird.⁷⁶ Damit gewinnt eine Annäherung zwischen Staat und Beschuldigtem – im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit – an Legitimation.⁷⁷
- 44 Für diese Annäherung müssen *Konsens*, *Kooperation* und *Kommunikation* als Elemente im Strafprozess unterschieden werden. Der Konsens wird als eine Art Legitimationsprinzip verstanden, welches an sich keine Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung beinhaltet.⁷⁸ Kooperation und Kommunikation sind Träger des Sozialstaatsgedankens,⁷⁹ welcher die aktive Mitarbeit und die Einbringung des Beschuldigten verlangt. Diese Prozesstheorie wurde durch den deutschen Alternativentwurf aus dem Jahre 1980 mit dem Vorschlag, Rechtsgespräche und ein «Nichtöffentliches Verfahren»⁸⁰ einzuführen, massgeblich gefördert.⁸¹ Alle drei Aspekte passen im Übrigen zu den modernen Straftheorien, welche mit der Strafe in erster Linie Rechtstreue bezwecken.
- 45 Aus diesen voneinander losgelösten Gedanken scheint sich nun ein neues Prozesskonzept abzuzeichnen und damit eine neue Definition des rechtsstaatlichen

⁷⁴ RÖNNAU, S. 69 f.; SINNER, S. 77 ff. unterscheidet zwischen «altem» und «neuem» Strafprozess.

⁷⁵ RÖNNAU, S. 62; WESSLAU, S. 8, 106.

⁷⁶ So auch ARZT, FS-Schmid, S. 634.

⁷⁷ Zur Entdeckung des Vertragsgedankens im Strafprozess, SINNER, S. 134 ff.; kritisch zur Legitimitätsfrage in Bezug auf den strafprozessualen Vergleich jedoch DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 72; zum interessanten Gedanken des Ärgernisses («von dem ist es nicht mehr weit bis zum Rechtsmissbrauch»), hervorgerufen durch denjenigen Beschuldigten, welcher im Rahmen eines verkürzten Verfahrens auf einem Normalverfahren insistiert, ARZT, FS-Schmid, S. 657.

⁷⁸ Zur Terminologie, WESSLAU, S. 14.

⁷⁹ RÖNNAU, S. 70.

⁸⁰ Dazu ausführlich BAUMANN und MOOS, jeweils als Ganzes.

⁸¹ Für die Entwicklung in der Schweiz siehe OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 46.

Strafverfahrens.⁸² Dabei wird der Prozessökonomie eine zentrale Bedeutung zugemessen.⁸³ Opportunität, Kooperation, Kommunikation und Konsens dienen dabei als Behelfe zur Erreichung dieses Ziels. Der Konsens wird überdies zu einem neuen Mittel der Wahrheitsfindung oder gar zum Ersatz für diese.⁸⁴ Alleinige Rahmenvoraussetzung für diesen neuen Prozess ist ein faires Verfahren.⁸⁵

Im Strafbefehlsverfahren werden Kooperation und Kommunikation durch die mangelnde Beteiligung der Verfahrensparteien vernachlässigt. Auch das Prinzip der Opportunität wird nicht bemüht. Zwar beinhaltet das traditionelle Strafbefehlsverfahren mit der Einspracheunterlassung (und einem gegebenenfalls verlangten Geständnis) das Element des Konsenses.⁸⁶ Jedoch handelt es sich bei dem integrierten konsensualen Aspekt im Strafbefehlsverfahren lediglich um ein äusseres Merkmal dieser neuen Prozesstheorien. So wird im Strafbefehlsverfahren, im Unterschied bspw. zu den Opportunitätseinstellungen⁸⁷, soviel vorweg,⁸⁸ grundsätzlich am traditionellen Wahrheitsprinzip festgehalten. Als einziges übereinstimmendes Merkmal mit den neuen Prozesstheorien bleibt dem Strafbefehlsverfahren somit die Betonung der Prozessökonomie.

Damit steht fest, dass das Strafbefehlsverfahren grundsätzlich dieselben Ziele anstrebt und auf denselben Prinzipien beruht wie das Normalverfahren. Dies schliesst indes nicht aus, in diesem Rahmen einzelnen Aspekten der neuen Prozesstheorien auch im Strafbefehlsverfahren einen festen Platz einzuräumen.⁸⁹ Neben dem bereits berücksichtigten Element des *Konsenses* dürfte insbesondere auch der *Kommunikationsaspekt* vermehrt in das Strafbefehlsverfahren einbezogen werden. Auch darauf wird zurückzukommen sein.⁹⁰

1.2 Besondere Verfahrensart

Das Strafbefehlsverfahren wird in den drei untersuchten Strafprozessordnungen bei den besonderen Verfahrensarten eingereiht.⁹¹ Diese zeichnen sich durch un-

⁸² SINNER, S. 28 ff., 113 ff.

⁸³ Siehe dazu sogleich eingehend N 52 ff.

⁸⁴ WESSLAU, S. 30 ff.; zum Konsens als Ersatz für die materielle Wahrheit bei informellen Absprachen, HAUER, S. 203 ff.; zum Umfang des legitimierenden Konsenses, WEICHBRODT, S. 113 f.

⁸⁵ SINNER, S. 125 ff.

⁸⁶ Zu den konsensualen Aspekten des Strafbefehlsverfahren HASSEMER, Konsens, S. 178; SINNER, S. 164; WESSLAU, S. 16.

⁸⁷ Siehe hinten N 106.

⁸⁸ Siehe hinten N 188 ff.

⁸⁹ So auch HASSEMER, Konsens, S. 176 ff.; WESSLAU, S. 197 ff.

⁹⁰ Siehe hinten N 323 und N 530 ff.

⁹¹ Siehe statt vieler für das *zürcherische* Recht SCHMID, Strafprozessrecht, N 909; für das *schweizerische* Recht DERS., Handbuch, N 1352 ff.; PIETH, Grundriss, S. 190; für

terschiedliche, grundsätzliche Abweichungen vom Normalverfahren aus. Die Besonderheit des Strafbefehlsverfahrens beruht dabei auf dem Wegfall der Hauptverhandlung und der gleichzeitigen Möglichkeit der Ergreifung eines Rechtsbehelfs, der zur Nachholung einer solchen führt.⁹² Allerdings darf der gemeinsame Begriff «Verfahren» nicht darüber hinweg täuschen, dass sich dieses, wird der Strafbefehl rechtskräftig, in der Schweiz in nur einem Verfahrensschritt (Erlass des Strafbefehls), in Deutschland in deren zwei (Antrag auf Erlass und Erlass des Strafbefehls) erschöpft. In diesem Sinne hat *Geis* den Erlass des Strafbefehls bildlich als «zeitlich-inhaltliches Transportmittel» zwischen Beginn und Ende einer Hauptverhandlung bezeichnet, wobei diese beiden Verfahrenspunkte zusammengezogen werden.⁹³

1.3 Anwendbare Bestimmungen

- 49 Die systematische Einordnung des Strafbefehlsverfahrens unter die besonderen Verfahren erklärt dessen knappe und deshalb oft kritisierte Regelung innerhalb weniger Bestimmungen.⁹⁴ Da das Strafbefehlsverfahren weder als selbständiges Verfahren, noch als blosser Modifikation für Einzelfälle, sondern vielmehr als besondere Ausprägung des Normalverfahrens verstanden wird, sollen mit dem Rückgriff auf vorangehende Bestimmungen Lücken geschlossen und Unklarheiten ausgeräumt werden.⁹⁵ Dies bedeutet, dass die allgemeinen Verfahrensvorschriften der Strafprozessordnungen auch für das Strafbefehlsverfahren gelten, soweit keine abweichenden Regelungen bestehen und Sinn und Zweck des Strafbefehlsverfahrens deren Anwendbarkeit nicht ausschliessen.⁹⁶
- 50 Diese offene Regelung kann bei Einzelfragen zu Unsicherheiten führen. So ist auf den ersten Blick nicht ohne weiteres ersichtlich, ob der Ermittlungsgrundsatz auch im Strafbefehlsverfahren gelten soll oder ob dieser, wenn auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen, dem Zweck des Strafbefehlsverfahrens zuwider laufen könnte. Für eine nähere Betrachtung der Abweichungen vom Normalverfahren muss deshalb zunächst der Zweck des Strafbefehlsverfahrens ermittelt werden. Nur so kann bei der konkreten Überprüfung der einzelnen Vorschriften

das *deutsche* Recht L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 1 ff.; anders bspw. im Kanton Bern, wo das Strafmandatsverfahren zur Vorbereitung des Hauptverfahrens als eigener Teil zwischen Vor- und Hauptverfahren steht, dazu MAURER, S. 411; STAUB, S. 545 (jeweils zu Art. 262 ff. beStrV).

⁹² L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 5.

⁹³ GEIS, S. 37; in diesem Sinne auch KUHN, S. 165 «court-circuiter».

⁹⁴ Kritisch PETERS, Strafprozess, S. 563; eine Übersicht über die Bestimmungen findet sich im Anhang dieser Abhandlung.

⁹⁵ MÜLLER, S. 47; SCHORN, S. 21.

⁹⁶ L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 9; offenbar zunächst von einer uneingeschränkten Geltung der allgemeinen Vorschriften ausgehend, HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 85.

auch bei Fehlen einer ausdrücklich divergierenden Bestimmung eine Abweichung vom Normalverfahren abgeleitet werden.⁹⁷

Zur Anwendbarkeit der von der EMRK garantierten Minimalgarantien ist an dieser Stelle abschliessend festzuhalten, dass es sich auch beim Strafbefehlsverfahren um ein Verfahren handelt, in welchem über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage entschieden wird.⁹⁸ Während dies in Deutschland durch die Zuständigkeit des Richters nicht ernsthaft in Frage gestellt wird, wurde diese Zuordnung in der Schweiz im Hinblick auf die Zuständigkeit der Untersuchungsbehörde für den Strafbefehlserlass verschiedentlich thematisiert.⁹⁹ Infolge autonomer Auslegung des EGMR gelten einer Person gegenüber erhobene Vorwürfe, welche gestützt auf eine strafrechtliche Norm mit Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder Busse sanktioniert werden können, grundsätzlich als strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁰⁰ Demnach sind die in Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 IPBPR enthaltenen Mindestgarantien im Strafbefehlsverfahren grundsätzlich zu beachten.¹⁰¹ 51

1.4 Sinn und Zweck

Besonderer Zweck des Strafbefehlsverfahrens ist die durch Verkürzung beschleunigte Erledigung einer grossen Anzahl an Fällen der kleinen und mittleren Kriminalität. Sinn und Zweck der Verkürzung findet sich nach allgemeiner Ansicht somit im Grundsatz der «Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns».¹⁰² Dies bedeutet, dass der Verfahrensaufwand proportional sein soll zur mutmasslichen Rechtsgutverletzung durch den Beschuldigten.¹⁰³ So soll die Verfolgung 52

⁹⁷ Für *Deutschland* PETERS, Strafprozess S. 88 ff.; zur Auslegung im *schweizerischen* Strafprozessrecht, SCHMID, Handbuch, N 73 ff.

⁹⁸ Der Begriff der «Anklage» ist nicht im formellen, sondern im materiellen Sinne unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten des zu beurteilenden Verfahrens zu verstehen, PEUKERT, Art. 6 N 41.

⁹⁹ DONATSCH, ZStrR 1994, S. 321 m.H. auf die EGMR-Rechtsprechung.

¹⁰⁰ BISCHOFBERGER, S. 53; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 150 ff.; PEUKERT, Art. 6 N 26 ff. mit einer Darstellung der einschlägigen EGMR-Rechtsprechung.

¹⁰¹ Zur unmittelbaren Anwendung der EMRK und des IPBPR in der *Schweiz* SCHMID, Handbuch, N 41 ff.; hinsichtlich der EMRK siehe BISCHOFBERGER, S. 35; zur Umsetzung der EMRK-Garantien in *Deutschland* ROXIN/SCHÜNEMANN, § 3 N 14; SCHUBARTH, ZSR 1975, S. 495 ff. zur anfänglichen Diskussion um den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK.

¹⁰² SCHWITTER, S. 74; in der *Schweiz* Art. 5 Abs. 2 BV; in *Deutschland* Teil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG); zur Einstellung wegen Geringfügigkeit als Grundlage für die prozessuale Durchsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips KUNZ, S. 36.

¹⁰³ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 2: «[...] Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips, welches es verbietet, in Bagatellfällen den ganzen Justizapparat in Bewegung

einer Tat die öffentliche Ordnung nicht stärker belasten, als die Tat selbst.¹⁰⁴ Überdies soll das Verfahren auch den Beschuldigten nicht stärker belasten, als es die Strafe tut.¹⁰⁵

- 53 Zumindest Letzteres, also eine Verminderung der psychischen und finanziellen Belastung des Beschuldigten, kann durch das Strafbefehlsverfahren zweifellos erreicht werden. Dabei handelt es sich aber in erster Linie um einen willkommenen Nebeneffekt, der gerne vor den eigentlichen Zweck des Verfahrens geschoben wird – Grund für die Einführung und die heutige Ausdehnung des Strafbefehlsverfahrens war und ist die Belastung des Beschuldigten jedenfalls nicht.¹⁰⁶
- 54 Der Hauptzweck liegt vielmehr in der Erwirkung einer Verurteilung mit wenig Aufwand und geringen Kosten und somit in der Entlastung der Strafjustiz durch eine ökonomische Verfahrenserledigung.¹⁰⁷ Es ist zugegebenermassen unmöglich, mit der bestehenden Infrastruktur die gesamte Kleinkriminalität im ordentlichen Verfahren abzuurteilen und gleichzeitig eine funktionsfähige und finanzierbare Strafjustiz aufrecht zu erhalten.¹⁰⁸ Das Strafbefehlsverfahren soll es durch den Wegfall der Hauptverhandlung ermöglichen, mit dem Einsatz gleicher Mittel ein Vielfaches an Verfahren zum Abschluss zu bringen. Ob dies der Rechtswirklichkeit entspricht, ist aber nicht unumstritten.¹⁰⁹ Jedenfalls kann die

zu setzen, wenn es dem Angeschuldigten selbst an einer abgekürzten Behandlung seines Falles gelegen ist»; SCHWITTER, S. 74.

¹⁰⁴ Siehe dazu im Zusammenhang mit dem Opportunitätsprinzip SOLLBERGER, S. 19 zur Frage, was denn die öffentliche Ordnung mehr störe, die Normverletzung oder deren justizmässige Bewältigung.

¹⁰⁵ ALTORFER, S. 26.

¹⁰⁶ RANFT, S. 633; so auch LÄMMLI, S. 45 m.H. auf die Materialien zum Entwurf des OBG (Botschaft des Bundesrates vom 14. Mai 1969 zum Entwurf des OBG, BBl. 1969 I, 1092); grösseres Gewicht auf die Interessen des (geständigen) Beschuldigten legt jedoch SPENGLER, S. 15; eingehend zum Beschuldigteninteresse siehe hinten N 352 ff.

¹⁰⁷ So auch ALTORFER, S. 26; HEINZ, S. 272; SCHWITTER, S. 77 f.; WANKE, S. 9; ausgesprochen wird dies in erster Linie in politischen Stellungnahmen: Das *deutsche* Strafbefehlsverfahren sei «unbestritten eines der wichtigsten Institute der Strafprozessordnung zur ökonomischen Verfahrenserledigung und deshalb als Instrument zur Entlastung der Strafjustiz im Bereich der amtsgerichtlichen Verfahren besonders geeignet», so die Begründung des deutschen Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27. September 1991, BT-Drs. 12/1217, S. 42; entsprechend die Voten in den parlamentarischen Beratungen zur *schweizerischen* Strafprozessordnung, AB SR 2006, S. 983 ff. und AB NR 2007, S. 941 ff.

¹⁰⁸ So auch WESSLAU, S. 66 m.w.H. und bereits LÄMMLI, S. 45.

¹⁰⁹ So kommen KLEIN/TOLKMITT, S. 24, auf der Grundlage einer Studie am Amtsgericht Leipzig zum ernüchternden Schluss, dass Strafbefehle nur bei wenigen Straftaten

Entlastungswirkung höchstens dann greifen, wenn der Strafbefehl in Rechtskraft erwächst, insgesamt die Einsprachequote also entsprechend niedrig ist.¹¹⁰

Wird nachfolgend der Zweck des Strafbefehlsverfahrens als Grund für eine Abweichung vom Normalverfahren herangezogen, ist damit in erster Linie die Prozessökonomie gemeint. Bleibt zu klären, in welchem Masse diese als legitimer Zweck herangezogen werden kann. 55

Die Justizgewährungspflicht des Staates fordert die Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts.¹¹¹ Dafür muss das Strafverfahren entsprechend ausgestattet sein.¹¹² Diese Aufgabe wiederum verlangt nach einem sinnvollen Umgang mit den beschränkten Mitteln der Strafjustiz und damit nach Abwägungen unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie.¹¹³ Damit werden auch Effizienzabwägungen legitim.¹¹⁴ Würde jedes Verfahren mündlich und öffentlich durchgeführt, könnten mit denselben Mitteln weniger Fälle bearbeitet werden, was zwangsläufig zur verstärkten Nutzung des Opportunitätsprinzips und letztendlich zur Vernachlässigung der Justizgewährungspflicht führen würde. In diesem Zusammenhang erblickte denn auch das deutsche Bundesverfassungsgericht – allerdings unter dem, insbesondere von *Hassemer* kritisierten Begriff der «Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege»¹¹⁵ – in der Prozessökonomie ein scheinbar eigenständiges rechtsstaatliches Element.¹¹⁶ 56

dazu geeignet sind, ein Strafverfahren zu beschleunigen. In der Mehrzahl der Fälle würden Strafbefehle das Verfahren gar verlängern.

¹¹⁰ Zu den (im Vergleich zum Normalverfahren sogar erhöhten) Kosten im Falle einer Einsprache SCHWITTER, S. 78; SPENGLER, S. 16; eine Berechnung der Entlastungswirkung findet sich bei HEINZ, S. 288.

¹¹¹ Statt vieler ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1 N 2 ff.

¹¹² Zur diesbezüglichen Systemlogik HASSEMER, StV 1982, S. 277.

¹¹³ Zum Ganzen siehe ERBE, S. 46; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1 N 7; KÜHNE, N 285 insbesondere zur starken Betonung der Prozessökonomie in den RiStBV und deren faktischer Bedeutung; BUSSMANN/LÜDEMANN, S. 60 f. kommen in empirischen Untersuchungen zur Absprachepraxis zum Schluss, «das Pendel» schlage tendenziell «zugunsten der Verfahrensökonomie als ein eigenständiges prozessuales Verfahrensziel» aus.

¹¹⁴ HASSEMER, StV 1982, S. 277 sieht diese im Prinzip der «Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege» angesprochen.

¹¹⁵ Erstmals BVerfGE 33, 367, 383 im Jahre 1972; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1 N 7 m.w.H. zur deutschen Rechtsprechung.

¹¹⁶ HASSEMER, StV 1982, S. 275 ff., weist darauf hin, dass der in der Rechtsprechung gebrauchte Begriff der «Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege» als «gegenreformatorischer Argumentationstopos» alle gewichtigen rechtsstaatlichen Elemente in sich vereine und so den Freiheitsinteressen des Beschuldigten auf der anderen Seite jegliches Gewicht nehme (S. 276, 277). Zusammengefasst kommt er zum Schluss, dass die Gründe für die besagte Rechtsprechung viel harmloser seien: es gehe näm-

- 57 Wie bereits einleitend ausgeführt, scheint die Strafjustiz heute für die Durchsetzung des materiellen Rechts auf Opportunität, Kompetenzverlagerungen und (in-)formelle Verfahrensverkürzungen angewiesen zu sein. Die Prozessökonomie dient dabei als Formel für einen sinnvollen Gebrauch dieser Mechanismen zur Erhaltung der Funktionstüchtigkeit des Strafverfahrens. So sieht auch *Hassemer* in der «Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege» nicht ein Ziel auf der Ebene und in Abwägung mit den Freiheitsinteressen, sondern vielmehr die Bedingung für deren Zielverwirklichung.¹¹⁷ Die Prozessökonomie gilt demnach als Behelf dafür, den Ausgleich zwischen den Interessen des Staatshaushaltes, der Allgemeinheit und des Individuums zu ermitteln.¹¹⁸ Nach diesem Verständnis kann die Prozessökonomie durchaus als weitere Hauptaufgabe der Strafjustiz (im Allgemeinen)¹¹⁹ akzeptiert werden.¹²⁰ Da das Strafbefehlsverfahren einst tatsächlich zur Erreichung dieses Ziels geschaffen wurde,¹²¹ ist es auch aus historischer Sicht durchaus konsequent, die Abweichungen vom Normalverfahren prozessökonomisch zu begründen.
- 58 Damit kann festgehalten werden, dass sich das Strafbefehlsverfahren lediglich dann nicht nach den Bestimmungen und Prinzipien des Normalverfahrens zu richten hat, wenn die besonderen Bestimmungen die Abweichungen ausdrücklich vorsehen oder (bei fehlendem oder unklarem Wortlaut)¹²² der Verfahrenszweck der Prozessökonomie den allgemeinen Bestimmungen offensichtlich entgegensteht.
- 59 Die Tendenz geht heute aber dahin, die Effizienz des Strafverfahrens immer stärker zum Preis anderweitiger Einbussen aufrecht zu erhalten.¹²³ Doch nicht nur

lich lediglich um Probleme, welche dem Staat viel Geld, Geduld und Arbeit abfordern würden. Dabei stehe die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege noch lange nicht auf dem Spiel, der Gebrauch des Begriffs durch die Rechtsprechung sei daher verfehlt (S. 280).

¹¹⁷ HASSEMER, StV 1982, S. 279.

¹¹⁸ ESER, S. 669: «[...] dass alle Prozessökonomie dort ihre Grenzen hat, wo die legitimen Interessen des Betroffenen beginnen.»

¹¹⁹ Zur angespannten Haushaltslage als sachfremdes Kriterium für den Erlass eines Strafbefehls im *konkreten* Fall, HAMM, NJW 49, S. 237; siehe dazu auch den Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz in NJW 49, S. 237 und das dabei vorgebrachte Kriterium des Rechtsfriedens.

¹²⁰ So auch DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 82; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1 N 7.

¹²¹ Siehe dazu sogleich N 64.

¹²² PETERS, Strafprozess, S. 90 f., eine solche abweichende Auslegung ist jedenfalls aber nur dann zulässig, wenn der klare Wortlaut nicht ohnehin die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Normalverfahrens verlangt.

¹²³ Kritisch auch DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 75: «Freilich gewinnt eine Grundströmung immer mehr Raum, die dem Justizsystem einzelne Regelbrüche gestatten will, um die Erfüllung der Gesamtaufgaben des Systems zu ermöglichen.»

darf das – an sich legitime – Argument der Prozessökonomie nicht als Rechtfertigung für jede Beschneidung von Verfahrensgarantien herangezogen werden. Auch muss im Einzelnen geprüft werden, wie geeignet die jeweilige, aus prozessökonomischen Gründen vorgenommene Verkürzung tatsächlich ist. So ist beispielsweise eine aus Gründen der Effizienz eingeschränkte Gewährung des rechtlichen Gehörs – mangels Akzeptanz des Entscheides – gar nicht unbedingt geeignet, die Arbeitslast der Justiz zu mindern.¹²⁴

2. Entwicklung

Es wird gemeinhin davon ausgegangen, dass sich das Institut des Strafbefehlsverfahrens aus der (Vor-)Ladung *sub poena confessi* entwickelt hat.¹²⁵ Diese fand in der formlosen Administrativjustiz der preussischen Polizeibehörden Anwendung. Wer danach unentschuldigt einer Verhandlung fernblieb, galt von Gesetzes wegen als geständig. Ein Geständnis wiederum führte automatisch zum Schuldspruch. Es handelte sich dabei um einen reinen Verwaltungsprozess basierend auf dem Verfahren der Inquisition,¹²⁶ bei welchem die Verdachtstrafe zulässig war.¹²⁷ Der Richter ergriff als Inquirent die Initiative. Er ermittelte, setzte Zwangsmassnahmen ein und verurteilte. Anklage, Ankläger und Angeklagter existierten dabei nicht. Der «Betroffene» war das Objekt der richterlichen Tätigkeit, der Inquisit. Diese durch die Anerkennung des Officialprinzips geschaffene Verfahrensart führte zu einer notwendigen Befangenheit des Richters und der Wehrlosigkeit des Inquisiten.¹²⁸

Nachfolgend wird erst die deutsche Entwicklung dargestellt, da das Strafbefehlsverfahren zuerst in Deutschland angewendet wurde und die schweizerischen Regelungen zum Teil auf dieser basieren. Dabei soll insbesondere aufgezeigt werden, inwieweit das heutige Strafbefehlsverfahren im Unterschied zu anderen

¹²⁴ Zu diesem Schluss kommt auch MALEIKA, S. 165, 169; generell auch HASSEMER, StV 1982, S. 279.

¹²⁵ ERBE, S. 70 f.; aus *schweizerischer* Sicht LÄMMLI, S. 3; MÜLLER, S. 167 ff.; SPENGLER, S. 10; a.A. einzig MAYER, GS 1925, S. 38 ff. (auch GS 1922, S. 397 f. und GS 1924 S. 330 ff.), der den Ursprung des Strafbefehlsverfahrens im zivilrechtlichen Mandatsverfahren sah; kritisch dazu wiederum MÜLLER, S. 215, Fn. 435 m.H. auf die von Mayer nicht berücksichtigten Gesetzesmaterialien; für eine ausführliche und abschliessende Darstellung der Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens (ansetzend beim altdeutschen Verfahren) kann an dieser Stelle auf MÜLLER, S. 167 ff. verwiesen werden; zur Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens vgl. auch ELOBIED, als Ganzes, einsetzend mit der aufstrebenden liberalen Strafrechtsbewegung zu Beginn des 19. Jahrhunderts.

¹²⁶ ERBE, S. 42.

¹²⁷ ERBE, S. 45.

¹²⁸ Zu den Grundsätzen des Inquisitionsprozesses, ROXIN/SCHÜNEMANN, § 13 N 2.

vereinfachten Verfahren auf traditionellen Wertvorstellungen basiert. Die Geschichte des Geständnisses im Strafprozess ist eine der bestkommentierten Themenbereiche der Rechtsgeschichte. Aus diesem Grund soll vorliegend auf das entsprechende Schrifttum verwiesen,¹²⁹ und lediglich untersucht werden, welche Rolle das Geständnis über die Entwicklungsstufen des Strafbefehlsverfahrens hinweg eingenommen hat, beginnend bei der bereits genannten Ladung *sub poena confessi*.

2.1 Deutschland

- 62 Im frühen 19. Jahrhundert wurden in der deutschen Wissenschaft¹³⁰ erste Reformbewegungen zur Trennung von Verwaltung und Justiz sichtbar.¹³¹ Ein halbes Jahrhundert später folgte diesem Ansinnen auch die Praxis. In Preussen wurde der Inquisitionsprozess mit dem preussischen Gesetz von 1846¹³² durch einen Anklageprozess ersetzt, der, gründend auf den Ideen von Aufklärung und Liberalismus, ein öffentliches, mündliches und unmittelbares Verfahren mit freier Beweiswürdigung mit sich brachte.
- 63 Während der Inquisitionsprozess noch feste Beweisregeln vorgesehen hatte, so dann ein voller Beweis nur durch ein Geständnis oder zwei einwandfreie Zeugen erbracht werden konnte,¹³³ führte das Institut der freien Beweiswürdigung zu einer ersten Marginalisierung des Geständnisses, da ein solches nun nicht mehr zwingend notwendig war.
- 64 Gleichzeitig wurde eine Art Strafbefehlsverfahren (Mandatsverfahren) eingeführt, um trotz der grundsätzlichen Abschaffung der Inquisition, die Bewältigung der Verfahren durch die Strafgerichtsbarkeit, nicht die Verwaltung, zu gewährleisten.¹³⁴ Im Strafbescheid wurde ein Termin bestimmt, an welchem der Beschuldigte, wenn er mit der Strafe nicht einverstanden war, vor dem Richter zu erscheinen hatte.¹³⁵ Eine Mitwirkung des Beschuldigten war hingegen ausgeschlossen. Da man sich der erneut auftauchenden Gefahr der Schriftlichkeit bewusst war, wurde als Korrektiv ein vereidigter Beamter als Augenzeuge der Tat

¹²⁹ GIESKER, S. 58 ff.; HÖNIG, S. 15 ff.; LOHSING, S. 12 ff.; MOOS, S. 13 ff.; NOWACKI, S. 1 ff.

¹³⁰ ERBE, S. 46 m.w.H.

¹³¹ ERBE, S. 45 ff.; MÜLLER S. 168 ff.

¹³² «Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen» vom 17. Juli 1846, bei ERBE, S. 47 ff.; MÜLLER, S. 214; SCHWITTER, S. 85; SPENGLER, S. 10 ff.; eingehend zum preussischen Recht ELOBIED, S. 5 ff.

¹³³ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 45 N 42.

¹³⁴ MÜLLER, S. 216.

¹³⁵ ERBE, S. 48.

vorausgesetzt.¹³⁶ Mit dem verlangten Zeugen galt also in Abweichung vom damaligen Anklageprozess noch immer eine Beweisregel.

Daraus lässt sich bereits entnehmen, dass das Strafbefehlsverfahren im Moment seiner Entstehung nichts wesentlich Neues darstellte, sondern lediglich ein Überbleibsel des effizienteren Inquisitionsprozesses – ausserhalb des neu entwickelten Anklageprozesses. Im Zusammenhang mit der Entwicklung des Geständnisses sei bereits hier die Frage aufgeworfen, ob eine allfällige heutige Geständnisvoraussetzung, sollte diese als Korrektiv gelten, nicht auch als Beweisregel zu werten wäre und dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung widerspräche.¹³⁷

Durch das preussische Gesetz vom 3. Mai 1852¹³⁸ wurde das Erfordernis des Beamtenzeugen auch im Strafbefehlsverfahren abgeschafft, jedes Beweismittel konnte nun zur Überzeugung¹³⁹ des Richters führen. Der Anwendungsbereich wurde aufgrund von Änderungen im materiellen Recht auf alle Übertretungen ausgedehnt und die Vorladung wurde nicht mehr in der Verfügung selbst ausgesprochen, sondern nur noch, wenn sich der Angeschuldigte in anberaumter Frist¹⁴⁰ gegen den Strafbescheid wehrte. Dies brachte einen deutlichen Unterschied für die Justiz, wurden doch nur noch diejenigen Verhandlungen durchgeführt, bei denen auch wahrscheinlich war, dass der Beschuldigte erscheinen würde.¹⁴¹ In diesem Zeitpunkt entsprach das Verfahren in den wesentlichen Punkten für eine kurze Zeit dem heutigen deutschen Strafbefehlsverfahren.

Die Überhand der Strafjustiz über die (Straf-)Verwaltung war aber nur von kurzer Dauer. Noch im selben Jahr zeigten sich reaktive Bestrebungen, die Polizeigerichtsbarkeit wieder aufleben zu lassen.¹⁴² Diese blieb nun allerdings die Ausnahme vom Grundsatz der alleinigen Strafkompetenz des Richters. Parallel zum Strafbefehlsverfahren existierte danach für minderschwere Delikte das polizeiliche Strafverfügungsverfahren,¹⁴³ bis es in Deutschland nach dem zweiten

¹³⁶ MÜLLER, S. 218 f., der diese Voraussetzung mit dem hehren Bild vom preussischen Beamten erklärt; übrigens wird noch heute im Kanton Wallis alternativ zu einem Geständnis für die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens ein vereidigter Beamte als Zeuge verlangt (Art. 143 Abs. 1 vsStPO).

¹³⁷ Siehe dazu hinten N 541 ff.

¹³⁸ ERBE, S. 50 m.w.H. zum Gesetzestext.

¹³⁹ Das Erfordernis der Überzeugung war jedoch bereits damals umstritten, MÜLLER, S. 223, Fn. 513; zur heutigen Diskussion siehe hinten N 213 ff.

¹⁴⁰ Die Frist betrug damals 10 Tage, ERBE, S. 50.

¹⁴¹ LÄMMLI, S. 4.

¹⁴² MÜLLER, S. 224 f., der dessen erneute Einführung nicht mit dem vordergründigen Bedürfnis an Beschleunigung, sondern mit der Angst der Polizeibehörden vor Autoritätsverlust erklärt.

¹⁴³ Zu den heutigen besonderen Verfahren in diesem Bereich siehe hinten N 82 ff.

Weltkrieg abgeschafft wurde – um Ende der 1960er Jahre in ähnlicher Form für die Ordnungswidrigkeiten wieder eingeführt zu werden.¹⁴⁴

- 68 Auch andere deutsche Strafprozessgesetzgebungen folgten dem Beispiel Preussens,¹⁴⁵ nicht jedoch Hannover und Baden, welche ein strafprozessuales Säumnisverfahren nach zivilprozessualen Prinzipien unter Einbezug einer Geständnisfiktion einführten.¹⁴⁶
- 69 In der Reichsstrafprozessordnung von 1877 wurde das Strafbefehlsverfahren schliesslich nach preussischem Vorbild geregelt.¹⁴⁷ Die Anwendung war erst auf Übertretungen und leichte Vergehen beschränkt, wurde dann aber schubweise ausgedehnt. Dies geschah immer dann, wenn die Strafgerichte infolge politischer Umstände überlastet waren.¹⁴⁸ So wurden Anwendungsbereich und zulässige Sanktionen während und nach dem ersten Weltkrieg durch mehrere Gesetzesreformen erweitert.¹⁴⁹ *Erbe* sieht in den Gesetzen von 1923 und 1924 einen vorläufigen Abschluss dieser Entwicklung, «die den jeweiligen Erfordernissen der Praxis gehorchend das Strafbefehlsverfahren von einem Verfahren, das zunächst nur bei Übertretungen anwendbar war, hinweg zu einer Sonderform des Strafprozesses erweiterte, [...]»¹⁵⁰ Für Geldstrafen galten keine speziellen Grenzen mehr, die Obergrenze für Freiheitsstrafen wurde auf drei Monate ausgeweitet.¹⁵¹ Dies schien der Bewältigung der Massenkriminalität aber nicht zu genügen, denn *Spengler* äusserte sich noch im Jahre 1929 dahingehend, dass die Entwicklung dahin dränge, «den Kompetenzkreis für das Strafbefehlsverfahren zu erweitern»¹⁵². Als Grund dafür sah er insbesondere die Schaffung zahlreicher neuer Strafnormen im ersten Weltkrieg und während der Weimarer Republik.¹⁵³

¹⁴⁴ Zum Verfahren bei Ordnungswidrigkeiten und dem Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren siehe hinten N 117 ff.; MÜLLER, S. 226; SCHORN, S. 146 ff.

¹⁴⁵ Hinweise bei MÜLLER, S. 228, Fn. 566; SCHORN, S. 13; MAYER, GS 99, S. 43.

¹⁴⁶ MÜLLER, S. 228; Strafprozessordnung vom 8. November 1850, §§ 200, 201 (Hannover) und Strafprozessordnung vom 6. März 1845, §§ 170, 171 (Baden); weiterführend zu beiden Gesetzen MAYER, GS 99, S. 46 ff.; ERBE, S. 54 f.

¹⁴⁷ MAYER, GS 99, S. 59 m.w.H.; eine Erklärung für die Vorbildfunktion findet sich bei MÜLLER, S. 231.

¹⁴⁸ Allgemein SCHORN, S. 13; im Zusammenhang mit den Weltkriegen MÜLLER, S. 248.

¹⁴⁹ Übersicht über die Reformgesetze bei ERBE, S. 75 ff.; MALEIKA, S. 67; MÜLLER, S. 242 ff.; SCHORN S. 13 f.

¹⁵⁰ ERBE, S. 75 f.

¹⁵¹ MALEIKA, S. 68 zur «Emminger-Verordnung».

¹⁵² SPENGLER, S. 16 f.

¹⁵³ SPENGLER, S. 17; zu finanzpolitischen Motiven der Ausweitung siehe ELOBIED, S. 86 ff.

Der Gesetzgeber erhöhte 1939 die festsetzbare Freiheitsstrafe auf sechs Monate und weitete die Anwendung 1942 auf Verbrechen aus.¹⁵⁴ Zudem erhielt der Staatsanwalt die Rechtsprechungskompetenz und wurde von richterlicher Kontrolle freigestellt.¹⁵⁵ Diese Entwicklungsstufe stellt bis heute den Höhepunkt des Anwendungsbereichs im deutschen Recht dar und wird von *Erbe* als systemwidrig kritisiert.¹⁵⁶ Unter anderem dürfe die bisher geltende Argumentation, dass bei leichten Delikten der Sachverhalt auch ohne Hauptverhandlung genügend geklärt werden könne, bei einem solch weiten Anwendungsbereich nicht mehr herangezogen werden.¹⁵⁷ Auch sei für Verbrechen eine geringe Bestrafung nicht legitim.¹⁵⁸ Hier fällt sogleich auf, dass diese Entwicklungsstufe in den Grundzügen der heutigen Rechtslage in der schweizerischen Strafprozessordnung entspricht.¹⁵⁹ Auch wenn diese Bestimmung aufgrund gänzlich anderer politischer Motive entstanden ist, ändert dies nichts daran, dass das von *Erbe* vorgebrachte Argument der Systemwidrigkeit auch in der schweizerischen Strafprozessordnung geprüft werden muss.

Nach der Gründung der Bundesrepublik wurden die Erweiterungen durch das Vereinheitlichungsgesetz von 1950 rückgängig gemacht, das Strafbefehlsverfahren nun aber für alle Vergehen zugelassen und als mögliche Sanktionen die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe bis drei Monate vorgesehen.¹⁶⁰

¹⁵⁴ ERBE, S. 76 f.; durch die Verordnung über die Massnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege vom 1. September 1939 (RGBl. I, S. 1658) und die Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 13. August 1942 (RGBl. I, S. 508); eingehend zu dieser Entwicklung auch ELOBIED, S. 141 ff. und zu den vorangehenden Reformbemühungen S. 127 ff.

¹⁵⁵ MÜLLER, S. 246 f.

¹⁵⁶ ERBE, S. 77.

¹⁵⁷ ERBE, S. 77; zur heutigen Diskussion hinten N 144 ff.

¹⁵⁸ Dazu insbesondere hinten N 391.

¹⁵⁹ Gemäss Art. 352 Abs. 1 chStPO erlässt die *Staatsanwaltschaft* einen Strafbefehl (hinten N 274), wenn sie bspw. eine *Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten* als angemessen betrachtet (hinten N 375). Eine Einschränkung auf Deliktsarten existiert nicht, womit dem Strafbefehlsverfahren auch *Verbrechen* zugänglich sind (hinten N 367); siehe allerdings SCHUMACHER, S. 35, zur Kompetenzverschiebung in den 1970er Jahren in Deutschland und den diesbezüglichen Entlehnungen aus dem Normbestand des Dritten Reiches.

¹⁶⁰ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950 (BGBl. I, S. 455); dazu eingehend ELOBIED, S. 153 ff.

- 72 Nachdem das deutsche Bundesverfassungsgericht im Jahre 1969 das Strafbefehlsverfahren ausdrücklich als ein «dem Bürger entgegenkommendes» Verfahren einstuft,¹⁶¹ bot dies Gelegenheit für eine weitere Ausdehnung.¹⁶²
- 73 Wichtige Änderungen erfolgten im Jahre 1975 mit dem Inkrafttreten des EGStGB.¹⁶³ Dieses bewirkte zum einen den Wegfall der Übertretungstatbestände und deren partiellen Übergang ins Ordnungswidrigkeitenrecht, zum anderen, dass die Freiheitsstrafe (mit der Einführung des § 47 dStGB) als zulässige Rechtsfolge aus dem Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens entfernt wurde.¹⁶⁴ Dies wurde damit begründet, dass bei kurzen Freiheitsstrafen Voraussetzungen zu prüfen seien, die im Strafbefehlsverfahren nicht festgestellt werden können. Durch das Strafverfahrensänderungsgesetz von 1987¹⁶⁵ wurde die Anweisung an die Staatsanwaltschaft eingeführt, immer dann einen Strafbefehl zu beantragen, wenn sie eine Hauptverhandlung für nicht erforderlich erachte.¹⁶⁶ Zudem wurde die Möglichkeit der Beschränkung des Einspruchs auf bestimmte Beschwerdepunkte eingeführt und der Anwendungsbereich auf Strafbefehlsanträge nach Eröffnung des Hauptverfahrens ausgeweitet.¹⁶⁷ Eine weitere bedeutende Änderung hat das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege von 1993¹⁶⁸ mit der Möglichkeit der Verhängung von bedingten Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr gebracht.¹⁶⁹ Durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994¹⁷⁰ wurde

¹⁶¹ BVerfGE 25, 158, 165: «Die Aufrechterhaltung des summarischen Strafverfahrens liegt nicht nur im Interesse der staatlichen Strafgerichtsbarkeit, sondern auch im Interesse des Staatsbürgers, dem daran gelegen ist, einfachere Straffälle verhältnismäßig billig und auch diskret, ohne Zeitverlust und Aufsehen erledigen zu können.»; hinten N 352 ff.

¹⁶² HEINZ, S. 273, Fn. 11.

¹⁶³ Art. 18 Nr. 206 EGStGB vom 2. März 1974 (BGBl. I, S. 468); dazu DENCKER, JZ 1973, S. 144 ff.; siehe hinten N 117.

¹⁶⁴ BÖTTCHER, S. 301 ff.; ELOBIED, S. 165 f.; MALEIKA, S. 173 ff.; siehe hinten N 397.

¹⁶⁵ Zu den Änderungen im Strafbefehlsverfahren nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz von 1987 siehe KIRCH, als Ganzes; FEZER, FS-Baumann, S. 397; MÜLLER, S. 300 ff.

¹⁶⁶ Zur Wirkung dieser Änderung siehe hinten N 278; siehe dazu ELOBIED, S. 181 f.

¹⁶⁷ Zu den Änderungen und deren Auswirkungen auf die Effektivität des Strafbefehlsverfahrens zusammenfassend KIRCH, S. 70 f.; Zur Entstehungsgeschichte des Strafbefehlsverfahrens nach Eröffnung der Hauptverhandlung VIVELL, S. 117 ff.

¹⁶⁸ Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 (BGBl. I, S. 50); zu den Änderungen durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz ELOBIED, S. 185 ff.; zusammenfassend FISCH, S. 18.

¹⁶⁹ Siehe dazu hinten N 377; eine kritische Untersuchung dieser Neuerung findet sich bei MALEIKA, S. 133 ff.; kritisch im Zusammenhang mit dem kurz vorher eingeführten § 408a dStPO MARTIN, S. 121 ff.

¹⁷⁰ Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I, S. 3186); zu den Änderungen durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz siehe FISCH, S. 18 f.

schliesslich die bisher mögliche Erzwingung einer ordentlichen Hauptverhandlung durch den Beschuldigten mittels Vereinfachung der Beweisabnahme im Verfahren nach Einsprache eingeschränkt.¹⁷¹ Bereits kurze Zeit später wurde in einem Entwurf zu einem weiteren Entlastungsgesetz (1996) die Frage einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens auf Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren auf Bewährung aufgeworfen. Jedoch wurde dieser Vorschlag letztendlich nicht in den Bundesratsentwurf aufgenommen.¹⁷²

Dem Geständnis kam im deutschen Strafbefehlsverfahren seit der Abschaffung des Inquisitionsprozesses, abgesehen von den abweichenden Regelungen nach zivilprozessualen Grundsätzen in Hannover und Baden, keine spezielle Bedeutung mehr zu. So orientierte sich das Strafbefehlsverfahren zwar teilweise an den Grundsätzen des Inquisitionsprozesses, von einer besonderen Beachtung des Geständnisses sah man aber ab. Auch im Zusammenhang mit den neuerlichen Effizienzbestrebungen wurde bisher die Einführung einer Geständnisvoraussetzung nicht thematisiert. 74

2.2 Schweiz

In der Schweiz taucht das Konzept des Strafbefehls erstmals im Jahre 1849 auf und zwar im Verwaltungsverfahren des Bundes.¹⁷³ Im Unterschied zum heutigen Strafbefehlsverfahren brauchte sich der Beschuldigte nicht gegen den Entscheid zu wehren: Stillschweigen hiess Bestreiten. Der Strafbefehl (damals «Strafanündigung») wurde also nur dann zum rechtskräftigen Urteil, wenn der Beschuldigte ihn ausdrücklich akzeptierte.¹⁷⁴ 75

Im Jahre 1868 (zu diesem Zeitpunkt hatte sich das Verfahren in fast allen deutschen Ländern bereits etabliert)¹⁷⁵ führte der Aargau als erster Kanton das Strafbefehlsverfahren ein.¹⁷⁶ Es war nur dann anwendbar, wenn eine genau be- 76

¹⁷¹ Durch Einführung des Zusatzes in § 411 Abs. 2 dStPO; ELOBIED, S. 192 ff.; FISCH, S. 18 f.; KK-FISCHER, Vorbem. zu §§ 407 ff. N 2; MALEIKA, S. 85; SK-WESSLAU, vor § 407 N 2; siehe dazu hinten N 435.

¹⁷² Dennoch eingehend diskutiert bei BÖTTCHER, S. 304 ff.; zur erneuten Aufnahme dieser Vorschläge in neuen Gesetzesentwürfen aus den Jahren 2003 und 2006 (hängig) siehe ELOBIED, S. 196 ff.

¹⁷³ Bundesgesetz betreffend das Verfahren bei Übertretung fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze vom 30. Juni 1849, BBl. 1849, II Bd., S. 287 ff.; LÄMMLI, S. 5.

¹⁷⁴ Diese Art der Verfahrensausgestaltung durch ausdrückliche Annahme findet sich heute nur noch in den Kantonen Luzern (Art. 133 luStPO) und Nidwalden (§ 120 Abs. 1 und 2 nwStPO), überdies nur bei Freiheitsstrafen; siehe dazu WIDMER, S. 601 ff.

¹⁷⁵ ERBE, S. 146.

¹⁷⁶ Zuchtpolizeigesetz vom 19. Hornung (Februar) 1868; LÄMMLI, S. 5; SCHWITTER, S. 85, 87 ff.; WANKE, S. 2.

- stimmte Strafe vorgesehen war.¹⁷⁷ Hatte der Richter hingegen einen Strafrahmen zur Verfügung, musste ein ordentliches Verfahren stattfinden. Dem Kanton Aargau folgten noch vor der Jahrhundertwende die Kantone Solothurn (1874), Basel-Stadt (1875) und Glarus (1899) und 1919 dann Zürich.¹⁷⁸ Bis das Strafbefehlsverfahren in allen schweizerischen Prozessordnungen Aufnahme gefunden hatte, dauerte es beinahe ein ganzes Jahrhundert.¹⁷⁹ Diese grosse Zeitspanne, zusammen mit Einflüssen der Nachbarländer, an welchen sich die einzelnen Kantone traditionell orientierten, führte zu einer individuellen und diversen Ausgestaltung der kantonalen Strafbefehlsverfahren.¹⁸⁰
- 77 Die Tendenz der kantonalen Gesetzesreformen entspricht derjenigen des deutschen Rechts. Anwendungsbereich und Sanktionsrahmen wurden und werden laufend ausgedehnt.¹⁸¹ Im schweizerischen Strafbefehlsverfahren liegt die zulässige Grenze der Rechtsfolge, einem Teil der Kantone folgend, bei sechs Monaten Freiheitsstrafe. Die Zuständigkeit für den Erlass des Strafbefehls liegt bei der Staatsanwaltschaft, der Anwendungsbereich erstreckt sich auf alle Delikte, unabhängig von ihrer Qualifikation als Vergehen oder Verbrechen.¹⁸²
- 78 Im Zusammenhang mit der Entwicklung des Geständnisses im schweizerischen Strafbefehlsverfahren kann vorliegend mangels deutlicher Nachweise lediglich gemutmasst werden. Interessant erscheint aber, dass das Geständnis in den 1920er Jahren als partielle Ursache für die Entstehung des Strafbefehlsverfahrens angesehen wurde.¹⁸³ Dabei galt das Geständnis nicht als Rechtfertigung für die Verfahrensverkürzung, sondern es wurde umgekehrt argumentiert, dass es einem geständigen Angeklagten nicht zugemutet werden könne, ein ordentliches Strafverfahren über sich ergehen lassen zu müssen.¹⁸⁴ Jedenfalls aber war unbestritten, dass es sich bei dem im Kanton Zürich verlangten Geständnis nicht um

¹⁷⁷ BOLLIGER, S. 17; SCHWITTER, S. 87.

¹⁷⁸ HAUSER, Anklage, S. 25.

¹⁷⁹ LÄMMLI, S. 6.

¹⁸⁰ Insbesondere zur fehlenden einheitlichen Terminologie, SPENGLER, S. 16.

¹⁸¹ Zu den «Rationalisierungen» insbesondere der letzten 20 Jahre im Kanton Zürich siehe SCHMID, Strafprozessrecht, N 24 f.; beispielhaft ist der Kanton Zürich auch bei der Ausdehnung des Anwendungsbereichs: Bei der Einführung 1919 war die Spruchkompetenz auf 50 Franken Busse beschränkt (HAUSER, Anklage, S. 25), anlässlich der Revision der Rechtspflegegesetze von 1935 wurde dem zürcherischen Bezirksanwalt erstmals die Befugnis erteilt, Gefängnisstrafen zu verhängen, in den 1960er Jahren lag die Höchststrafe bei 14 Tagen Gefängnis oder 200 Franken Busse (RIEDER, S. 241), heute gilt eine Obergrenze von 3 Monaten Freiheitsstrafe und Geldstrafe bis 90 Tagessätzen sowie Busse.

¹⁸² Siehe dazu bereits vorne N 70 sowie hinten N 274, N 367 und N 375.

¹⁸³ SPENGLER, S. 16.

¹⁸⁴ SPENGLER, S. 15.

ein förmliches Geständnis handeln konnte und dieses die Aufklärungspflicht der Strafbefehlsbehörde nicht erübrigte.¹⁸⁵

2.3 Fazit

Das Strafbefehlsverfahren weist nicht nur eine äusserliche Ähnlichkeit mit dem Inquisitionsverfahren auf, sondern auch eine «innere, rechtshistorisch gewachsene Verwandtschaft».¹⁸⁶ Trotz seiner Eigenschaft als Überbleibsel und Fremdkörper neben einem von Öffentlichkeit und Mündlichkeit geprägten, reformierten Strafprozess, hat es bis heute überdauert, ohne dass es jemals als Ganzes ernsthaft in Frage gestellt wurde, geschweige denn je seine Abschaffung zur Diskussion stand.¹⁸⁷ 79

Das Strafbefehlsverfahren war ursprünglich sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland nur für leichte Delikte vorgesehen und nur unter strengen Voraussetzungen erlaubt. Nach und nach entwickelte es sich aber zu einem Verfahren, welches inzwischen den grössten Teil der Aburteilung, insbesondere der mittleren Kriminalität einnimmt.¹⁸⁸ Trotzdem ist es noch immer auf den «althergebrachten polizei- und obrigkeitsstaatlichen Strukturen verhaftet»¹⁸⁹. Die neuerliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs in beiden Ländern wird mit denjenigen Argumenten zu rechtfertigen versucht, welche auch schon bei der Einführung des Strafbefehlsverfahrens galten: die Entlastung des Justizapparates, die Anwendung auf Bagatelldelikte, das Interesse des Beschuldigten und der Ausweg des Beschuldigten, über den ihm offenstehenden Weg an ein unabhängiges Gericht. Ob diese Argumente, welche das Strafbefehlsverfahren möglicherweise tatsächlich einmal zu legitimieren vermochten, noch immer als tauglich angesehen werden können – dieser Frage soll im 3. Teil der vorliegenden Arbeit nachgegangen werden. 80

Die Rolle des Geständnisses in der Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens ist unklar. Festzuhalten bleibt einzig, dass das Geständnis im deutschen Strafbefehlsverfahren offiziell nie eine besondere Funktion eingenommen hat und die Geständnisvoraussetzung im zürcherischen Strafbefehlsverfahren eher als Ursache denn als Folge der Verfahrensverkürzung betrachtet wurde. 81

¹⁸⁵ SPENGLER, S. 19 f.; zur dieser Thematik siehe hinten N 479 ff.

¹⁸⁶ ERBE, S. 79.

¹⁸⁷ In der Lehre allerdings bisweilen gefordert, u.a. von BINDING, S. 214.

¹⁸⁸ Zur praktischen Relevanz siehe hinten N 125 ff.

¹⁸⁹ MÜLLER, S. 238.

3. Stellung innerhalb der vereinfachten Verfahren

- 82 Das Strafbefehlsverfahren steht nicht als einziges Verfahren ausserhalb der gewohnten Bahn des Normalverfahrens.¹⁹⁰ Zu unterscheiden ist es insbesondere von den folgenden, vorwiegend aus den Reformen der letzten Jahrzehnte hervorgegangenen, vereinfachten Verfahrensarten. Während diese noch in den 80er Jahren kaum als akzeptable Alternativen zum Strafbefehlsverfahren angesehen wurden,¹⁹¹ bilden sie heute durch ihre Beschleunigungs- und Opportunitätstendenzen weitere Ventile zur Bewältigung der bei den Strafverfolgungsbehörden anfallenden Arbeitslast. Zum Teil weisen sie ebenfalls konsensuale Züge auf oder messen dem Geständnis eine besondere Bedeutung zu. Durch die folgende Kategorisierung werden einerseits Gründe für die jeweilige, quantitative Relevanz des Strafbefehlsverfahrens in den untersuchten Rechtskreisen erkennbar,¹⁹² andererseits die Besonderheiten des Strafbefehlsverfahrens hervorgehoben.

3.1 Absprachebasierte Verfahren

- 83 Absprachen zwischen Behörden und Beschuldigten bzw. deren Verteidigern scheinen im heutigen Strafverfahren an der Tagesordnung¹⁹³ und sind seit gut zwei Jahrzehnten Gegenstand zahlreicher Publikationen.¹⁹⁴ Innerhalb einer in-

¹⁹⁰ Eine Gegenüberstellung einiger vereinfachter Verfahren nach deutschem Recht in Abweichung vom Normalverfahren findet sich bei FEZER, ZStW 1994, S. 1 ff. und RIESS, Erledigungsarten, S. 91 f.; Möglichkeiten zur Verfahrensbeschleunigung bei ERBE, S. 11 ff.; Vorschlag zur Beschleunigung der Hauptverhandlung innerhalb des Beweisverfahrens DENCKER, StV 1994, S. 503 ff.

¹⁹¹ KIRCH, S. 8 f.

¹⁹² Zur praktischen Relevanz siehe hinten N 125 ff.

¹⁹³ Von WEIGEND, NSTz 1999, S. 63, als «Droge» der Gerichts- und Verteidigerpraxis bezeichnet; zur kritischen Haltung der Bevölkerung DERS., JZ 1990, S. 774 f., 782; vgl. demgegenüber die empirische Untersuchung in Deutschland von ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMERL/STAMMEN aus dem Jahre 2007, als Ganzes; zur tatsächlichen Situation gegen Ende der 1980er Jahre in Deutschland siehe DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 11 ff.; befürwortend in erster Linie SCHMIDT-HIEBER, S. 8.

¹⁹⁴ Monographien (Auswahl): für die *Schweiz* BRAUN, Strafprozessuale Absprachen in abgekürzten Verfahren, 2003; JAGGI, die prototypische Absprache, 2006; für *Deutschland* SCHMIDT-HIEBER, Verständigung im Strafverfahren, 1986; DENCKER/HAMM, Der Vergleich im Strafprozess, 1988; RÖNNAU, Die Absprache im Strafprozess, 1990; SIOLEK, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993; JANKE, Verständigung und Absprachen im Strafverfahren, 1997; IOAKIMIDIS, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, 2001; WEICHBRODT, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006; HAUER, Geständnis und Absprache, 2006/2007; HUTTENLOCHER, Dealing wird Gesetz, 2007; in beiden Ländern zudem zahlreiche Aufsätze seit den frühen 80er Jahren.

formellen Absprache einigen sich die Verfahrensbeteiligten über den Schuld- und/oder den Strafpunkt. In der Praxis wird dabei über den Prozessgegenstand, die Deliktsart oder die Rechtsfolge verhandelt.¹⁹⁵ Verhandlungseinsatz seitens des Beschuldigten ist meist ein Geständnis. Im Ergebnis erreichen die Behörden eine Entlastung der Justiz durch Verkürzung der Verfahren und der Beschuldigte erhält einen Strafrabatt oder geht gar (gegen Auflagen) straflos aus der Absprache heraus.

3.1.1 Abgekürztes Verfahren gemäss Art. 358 ff. chStPO

Bisher waren Abspracheverfahren in der Schweiz nur in den Kantonen Tessin, Basel-Landschaft und Zug gesetzlich vorgesehen.¹⁹⁶ Es wird aber davon ausgegangen, dass seit längerer Zeit auch in anderen Kantonen ohne entsprechende Regelung informelle Absprachen zwischen den Untersuchungsbehörden und der beschuldigten Person stattfinden.¹⁹⁷ Die schweizerische Strafprozessordnung stellt nun mit den Art. 358 ff. chStPO eine Art Abspracheverfahren zur Verfügung, welches den praktizierten informellen Absprachen eine geregelte und kontrollierbare Form geben soll.¹⁹⁸ Bezweckt wird mit dieser Verfahrensart insbesondere die beschleunigte Abwicklung komplizierter Wirtschaftsstraffälle vor Eintritt der Verjährung.¹⁹⁹ Das Verfahren ist anwendbar bei voraussichtlichen Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren.²⁰⁰ Staatsanwaltschaft und Beschuldigter

¹⁹⁵ Zur möglichen Verhandlungsmasse eingehend HAMM, in: Dencker/Hamm, S. 110 ff.; der Prozessgegenstand ist oft Verhandlungsobjekt bei Absprachen innerhalb von Opportunitätseinstellungen, die Deliktsart innerhalb des deutschen Strafbefehlsverfahrens (RÖNNAU, S. 32) und die Rechtsfolge vorwiegend in den schweizerischen Strafbefehlsverfahren und im Hauptverfahren; im schweizerischen Strafbefehlsverfahren ist eine Absprache über die Deliktsart deshalb nicht notwendig, da keine Deliktsart generell von der Anwendung im Strafbefehlsverfahren ausgeschlossen wird, siehe hinten N 366 f.

¹⁹⁶ §§ 137 ff. bStPO; Art. 316a ff. tiStPO; §§ 69^{ter} ff. zgStPO; zu den kantonalen Vorläufern im Allgemeinen BOMMER, ZSR 2009, S. 22 ff. und zur bisherigen praktischen Bedeutung S. 25 ff.; zu den Erfahrungen mit dem Verfahren im Kanton Basel-Landschaft BRAUN, als Ganzes; zum Verfahren in den Kantonen Basel-Landschaft und Tessin SCHLAURI, abgekürzte Verfahren, S. 479 ff.

¹⁹⁷ Botschaft E StPO, S. 1295; GLESS, S. 127 f. m.H.; OBERHOLZER, AJP 1992, 9 ff.

¹⁹⁸ Botschaft E StPO, S. 1295; die Expertenkommission (Aus 29 mach 1, S. 50 ff.) hatte sich m.H. auf andere Vereinfachungsmöglichkeiten (u.a. das Strafbefehlsverfahren) gegen die Einführung des abgekürzten Verfahrens ausgesprochen; kritisch zum Verfahren (allesamt): BOMMER, ZSR 2009, S. 113 ff.; DONATSCH, SJZ 2004, S. 327 f.; OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 49; PIETH, Grundriss, S. 196; SCHMID, Handbuch, N 1375; WIESER, S. 18 ff.

¹⁹⁹ Botschaft, S. 1295; Goldschmid/Maurer/Sollberger-STADLER, S. 352.

²⁰⁰ Kritisch dazu insbesondere DONATSCH, SJZ 2004, S. 327.

sollen sich darüber einig werden, welcher Sachverhalt vor Gericht verhandelt und welche Strafe beantragt werden soll. Demzufolge gelten in diesem Verfahren weder Untersuchungsgrundsatz noch Legalitätsprinzip.²⁰¹

- 85 Voraussetzungen für die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens sind ein Geständnis über den wesentlichen Sachverhalt²⁰² und die Anerkennung allfälliger Zivilansprüche im Grundsatz. Der Antrag muss vom verteidigten Beschuldigten ausgehen und kann theoretisch schon zu Beginn der Voruntersuchung gestellt werden.²⁰³ Die verlangte Zustimmung zur Anklageschrift ist für den Beschuldigten unwiderruflich. Als Geständnis darf eine solche Zustimmung jedoch nicht verwertet werden.²⁰⁴
- 86 Nach der erreichten Einigung folgt eine öffentliche Verhandlung, «damit soll die Zulässigkeit des Verfahrens vom Gericht unter den Augen der Öffentlichkeit überprüft werden.»²⁰⁵ Da die Untersuchungen nur sehr oberflächlich durchgeführt werden, kann das Gericht dabei lediglich prüfen, ob das Verfahren korrekt durchgeführt wurde, die Anklage mit den Akten übereinstimmt, die Regelung der Zivilansprüche den getroffenen Abmachungen entsprechen und ob die beantragten Sanktionen dem Verschulden angemessen sind.²⁰⁶ Die Richtigkeit des Geständnisses wird nicht hinterfragt, sondern einzig dessen Übereinstimmung mit der Anklage und der Aktenlage.²⁰⁷ Das Gericht kann die Genehmigung in der Folge auch verweigern und die Sache an die Staatsanwaltschaft zurückweisen. Sind die Voraussetzungen gegeben, wird die Anklageschrift mit einer summarischen Begründung zum Urteil erhoben. Dagegen ist die Berufung möglich. Die Rügemöglichkeiten sind jedoch beschränkt.²⁰⁸ Beispielweise kann der Verurteilte nicht vorbringen, dass er zwar dem abgekürzten Verfahren zugestimmt habe, in Wirklichkeit aber gar nicht geständig sei.²⁰⁹ Da es nicht auf den

²⁰¹ DONATSCH/CAVEGN, S. 162; OBERHOLZER, Strafprozessrecht, S. 311; PIETH, Grundriss, S. 200; generell zur Umgehung fundamentaler Grundsätze im abgekürzten Verfahren SCHMID, Handbuch, N 1374.

²⁰² DONATSCH, SJZ 2004, S. 327.

²⁰³ SCHMID, Handbuch, N 1377 geht allerdings unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien davon aus, dass die informellen Vorverhandlungen, welche zu einem Geständnis führen, nicht schon zu Beginn des Strafverfahrens stattfinden dürften.

²⁰⁴ SCHMID, Handbuch, S. 1381 ff.; Goldschmid/Maurer/Sollberger-STADLER, S. 354 f.

²⁰⁵ Botschaft E StPO, S. 1296; kritisch DONATSCH, SJZ, 2004, S. 327; zum Ablauf der Hauptverhandlung im abgekürzten Verfahren siehe SCHMID, Handbuch, N 1384 ff.

²⁰⁶ Botschaft E StPO, S. 1297.

²⁰⁷ JOSITSCH/BISCHOFF, S. 432.

²⁰⁸ Zu den Gründen JOSITSCH/BISCHOFF, S. 433.

²⁰⁹ Botschaft E StPO, S. 1297.

wahren Sachverhalt ankommt, ist auch die Revision mit der Behauptung, es seien neue Beweismittel aufgetaucht, ausgeschlossen.²¹⁰

Scheitert das abgekürzte Verfahren, werden die Zugeständnisse²¹¹ der Parteien, die im Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren abgegeben worden sind – und damit auch das Geständnis – hinfällig, binden die Parteien also nicht mehr und dürfen nicht weiter verwertet werden.²¹² Die Durchsetzung eines solchen Verwertungsverbots dürfte allerdings schwierig sein und eine diesbezügliche Handhabung in der Praxis muss abgewartet werden.²¹³ Das gilt indes auch für die praktische Bedeutung des abgekürzten Verfahrens an sich. 87

3.1.2 Abspracheverfahren gemäss § 257c dStPO

Gemäss dem, am 4. August 2009 in Kraft gesetzten, § 257c dStPO kann sich das deutsche Gericht in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen (Abs. 1).²¹⁴ Der Untersuchungsgrundsatz gemäss § 244 Abs. 2 dStPO bleibt dabei aber in Abweichung zum üblichen Vorgehen bei informellen Absprachen unberührt.²¹⁵ Nach § 257c Abs. 2 dStPO darf eine Verständigung nur die Rechtsfolgen zum Gegenstand haben, welche Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Massnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Der Schuldspruch sowie Massregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein. Wesentlicher Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Nach Abs. 3 macht aber das Gericht den Vorschlag für den Verständigungsinhalt. Stimmen Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zu, kommt die Verständigung zustande. Gemäss Abs. 4 entfällt die Bindung des Gerichts, wenn «rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist» oder wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose 88

²¹⁰ SCHMID, Handbuch, N 1389, zu denkbaren Ausnahmen hiervon N 1587, Fn. 352.

²¹¹ Botschaft E StPO, S. 1298.

²¹² Dies muss unabhängig vom Stadium des Verfahrens bei dessen Scheitern gelten, JOSITSCH/BISCHOFF, S. 433; RUCKSTUHL, ZStrR 2000, S. 426.

²¹³ Dahingehend kritisch auch JOSITSCH/BISCHOFF, S. 439 m.w.H.

²¹⁴ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I, S. 2353).

²¹⁵ BT-Drucks. 16/11736, S. 1 f.; kritisch dazu bspw. FISCHER, S. 181 ff., der darin einen offenkundigen Widerspruch sowie eine blossе Worthölse sieht (S. 181), welche «die weit reichende Zerstörung der bisherigen ausdifferenzierten, auf langer Erfahrung gegründeten Verfahrenskultur» nur verdecken könne (S. 184).

des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer solchen Abweichung zu belehren (Abs. 5) und das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. § 257b dStPO erlaubt dem Gericht zudem ausdrücklich, mit den weiteren Prozessbeteiligten den Stand des Verfahrens zu erörtern, wenn dies den weiteren Prozessverlauf fördern könnte. Im Übrigen sieht der Gesetzgeber mit dem Regelungskomplex der §§ 160b, 202a und 212 dStPO eine Stärkung der Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten in jedem Stadium des Verfahrens vor.²¹⁶ Das Ziel besteht insbesondere darin, dass Erörterungen durch Staatsanwaltschaft und Gericht über den Stand des Verfahrens und die Erledigungsmöglichkeiten bereits im Ermittlungsverfahren, aber auch in allen weiteren Verfahrensabschnitten, gefördert werden.

- 89 Bei der Bestimmung in § 257c dStPO handelt es sich im Wesentlichen um die Kodifizierung einer langjährigen Rechtsprechung des BGH.²¹⁷ Bereits seit dem Entscheid aus dem Jahre 1997,²¹⁸ präzisiert 2005,²¹⁹ galten Urteilsabsprachen mit dem Inhalt, dem Angeklagten eine Strafmilderung für ein Geständnis zuzusagen, als zulässig, sofern bestimmte (im Wortlaut restriktive) Leitlinien befolgt wurden, die dem Recht des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren nachkamen.²²⁰ Auf dieser Basis entstanden zahlreiche Gesetzesvorschläge,²²¹ aus welchen schliesslich die heute geltende Bestimmung hervorging. Welche Wirkung diese auf die Praxis hat, ob sie Absprachen in einen kontrollierba-

²¹⁶ BURHOFF, N 483a ff.

²¹⁷ Zur Entstehung zusammenfassend ROXIN/SCHÜNEMANN, § 17 N 7 f.; eine der wenigen wesentlichen Neuerungen im kodifizierten Abspracheverfahren ist der Ausschluss des Rechtsmittelverzichts (§ 302 Abs. 1 S. 2 dStPO).

²¹⁸ BGHSt 43, 195 (NJW 1998, 86), Urteil vom 28. August 1997, in Übereinstimmung mit BVerfG NSTz 1987, 419 vom 27. Januar 1987.

²¹⁹ BGHSt 50, 40 (NJW 2005, 1440).

²²⁰ So musste der Schuldspruch nach dem Grundsatz der Wahrheitsfindung bei Überzeugung des Gerichts ergehen. Auch die Glaubhaftigkeit des Geständnisses musste überprüft werden und es galt das Nemo-tenetur-Prinzip. Der Öffentlichkeitsgrundsatz verlangte schliesslich, dass die Absprachen in der Hauptverhandlung stattfanden. Wurden vorher bereits Gespräche geführt, mussten diese protokolliert werden, damit ein allenfalls versteckter Dissens erkannt werden konnte. Das Gericht konnte sich nicht auf eine feste Sanktion, sondern nur auf eine Strafobergrenze festlegen, welche nicht unangemessen niedrig sein durfte. Das Geständnis durfte auch dann strafmildernd bewertet werden, wenn der Beschuldigte nicht erkennbar aus Reue, sondern vielmehr aus taktischen Gründen gestanden hatte. Die Einhaltung dieser Leitlinien führte für das Gericht zu einer Bindungswirkung, sofern nicht später schwerwiegende neue Umstände bekannt wurden. Der Anklagegrundsatz verlangte dann einen Hinweis an den Beschuldigten; dazu HUTTENLOCHER, S. 55 ff.; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 17 N 7.

²²¹ HUTTENLOCHER, S. 163 ff.

ren Rahmen zwingt oder lediglich die heute praktizierten informellen Absprachen legalisiert, bleibt auch hier abzuwarten. Ebenfalls zeigen wird sich, welche Anforderungen in der Praxis an das Geständnis gestellt werden.

3.1.3 Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren

Gemeinsamkeiten mit dem Strafbefehlsverfahren ergeben sich in der Beschleunigungsfunktion beider Verfahrensarten und in der Konzentration auf der Stufe der Untersuchungsbehörden. Die eher oberflächliche Beweisaufnahme ist ebenfalls für beide Verfahrensarten typisch. Allerdings sind die Gründe dafür unterschiedlich. Während nach dem Gesetzeswortlaut jedenfalls das schweizerische, in der Praxis aber wohl zwangsläufig auch das deutsche²²² Abspracheverfahren selbst den Schuldpunkt zur Disposition stellen, ist im Strafbefehlsverfahren eine gründlichere Beweiserhebung für die Wahrheitsermittlung gar nicht notwendig. Wie bereits erkannt, basiert dies nicht auf einer Abkehr vom Untersuchungsgrundsatz, sondern liegt, wie noch zu zeigen sein wird, in der Natur des Strafbefehlsverfahrens.²²³ Auch kann vorweggenommen werden, dass dem Geständnis im Strafbefehlsverfahren nicht überall eine ebenso grosse Bedeutung zukommt wie in den absprachebasierten Verfahren. Für die Untersuchung des Strafbefehlsgeständnisses können aber die Abhandlungen zur Natur der Geständnisvoraussetzung in den Abspracheverfahren, insbesondere zu dessen Gefahren,²²⁴ durchaus herangezogen werden, wenn auch bereits die Hypothese erlaubt sei, dass es sich im Strafbefehlsverfahren nicht um dieselbe Art von Geständnis handeln dürfte.²²⁵

Im Unterschied zum Abspracheverfahren, in welchem oft einzelne Vorwürfe als Teil einer Absprache fallengelassen werden, ist ein solches Vorgehen im Strafbefehls-

²²² Die gesetzliche Regelung in Deutschland behält sich die Geltung des § 244 Abs. 1 dStPO in § 257c Abs. 1 dStPO grundsätzlich vor, wenn auch fraglich ist, wie sich dies mit der Praxis vereinbaren lassen wird; dazu FISCHER, S. 177 ff.

²²³ Zu diesem Unterschied zwischen Strafbefehlsverfahren und abgekürztem Verfahren auch DONATSCH/CAVEGN, S. 162; siehe dazu hinten N 213 ff.

²²⁴ Zur Gefahr falscher Geständnisse und der Beeinträchtigung des Nemo-tenetur-Grundsatzes durch institutionalisierten Geständnisdruck im abgekürzten Verfahren statt vieler JOSITSCH/BISCHOFF, S. 435; siehe hinten 541 ff.

²²⁵ Siehe dazu hinten N 540; DONATSCH, SJZ 2004, S. 327 weist auf den Wertungswiderspruch hin, welcher entstehe, wenn für eine fünfjährige Freiheitsstrafe ein Geständnis «im Wesentlichen» genüge, währenddessen im Strafbefehlsverfahren bei einem umfassenden Geständnis nur eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten verhängt werden dürfe – dem ist nur entgegen zu halten, dass es für das Strafbefehlsverfahren gemäss schweizerischer Strafprozessordnung gar keines Geständnisses bedarf; siehe dazu hinten N 483 ff.

fehlsverfahren nicht vorgesehen. Das Legalitätsprinzip wird also in letzterem nicht berührt.

- 92 Der Anwendungsbereich der Abspracheverfahren geht schliesslich weit über den des Strafbefehlsverfahrens hinaus. Überdies sind Absprachen gerade für grosse Wirtschaftsstrafverfahren und Fälle mit unklarer Beweislage und schwierigen Rechtsfragen attraktiv,²²⁶ während diese für das Strafbefehlsverfahren nicht zugänglich sind, oder zumindest nicht sein sollten.²²⁷ Im Gegensatz zum häufig praktizierten Strafbefehlsverfahren wird dem abgekürzten Verfahren mangels beidseitiger Motivation keine grosse Bedeutung prognostiziert.²²⁸ Bisweilen wird argumentiert, den Anliegen eines Abspracheverfahrens könne auch mit anderen Mitteln, insbesondere einer Ausweitung der Strafbefehlskompetenz, Genüge getan werden.²²⁹
- 93 Der direkte Vergleich des Strafbefehlsverfahrens mit *gesetzlich normierten* Abspracheverfahren ist also nicht angebracht. Auch ist etwa die Anwendung eines Abspracheverfahrens innerhalb des Strafbefehlsverfahrens systematisch nicht denkbar. Im Ergebnis sind demnach keine Berührungspunkte zwischen den beiden Verfahrensarten erkennbar. Jedoch ist es offensichtlich, dass gerade das Strafbefehlsverfahren, welches bis zu einem bestimmten Grad auf das konsensuale Moment zwischen Beschuldigtem und Untersuchungsbehörde angewiesen ist, *informelle* Absprachen fördert.

3.1.4 Informelle Absprachen innerhalb des Strafbefehlsverfahrens

- 94 Da informelle Absprachen dort besonders häufig sind, wo bei Staat und Individuum gleichläufige Interessen bestehen, ist das Strafbefehlsverfahren dafür besonders anfällig.²³⁰ Die Strafverfolgungsbehörden werden entlastet, dem Beschuldigten kommt in der Regel die Anonymität des Verfahrens entgegen. Die Kosten sind auf beiden Seiten niedriger als in einem ordentlichen Verfahren. Das Strafbefehlsverfahren bietet demnach für Absprachen zwischen Staatsanwalt und Beschuldigten, bzw. deren Verteidiger guten Boden.
- 95 In Deutschland kann vor Erlass eines Strafbefehls die Verständigung faktisch auch zwischen beantragendem Staatsanwalt und entscheidendem Richter statt-

²²⁶ Statt vieler KÜPPER, S. 2; Botschaft E StPO, S. 1295.

²²⁷ Dazu siehe hinten N 409 ff.

²²⁸ Überzeugend dargelegt bei JOSITSCH/BISCHOFF, S. 434 f.

²²⁹ Mit Hinweis auf die Praxis JOSITSCH/BISCHOFF, S. 438; so auch schon die Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 50 ff.

²³⁰ Zur Problematik von Absprachen innerhalb des Strafbefehlsverfahrens KK-FISCHER, § 407 N 8b, § 408a N 12; KMR-METZGER, vor § 407 N 28 ff.; unkritisch GUTTERER, Deal, S. 5.

finden. Dies sehen die Richtlinien für das Straf- und Bussgeldverfahren trotz des fehlenden gesetzlichen Einigungsprozesses ausdrücklich, wenn auch aus anderen Gründen, vor.²³¹ In diese Verständigung wird der Angeklagte bisweilen miteinbezogen, da es wenig Sinn macht, ein Verfahren zunächst abzukürzen und es dann infolge des Einspruchs trotzdem vollständig durchführen zu müssen.²³² Die Absprache wird schliesslich in der Praxis des Strafbefehlsverfahrens nicht selten zum Ersatz für ein umständliches Beweisverfahren, vor allem im Bereich der Wirtschaftskriminalität. Jene Fälle, die ein Beweisverfahren erfordern, sollten aber, wie noch zu zeigen sein wird, für das Strafbefehlsverfahren gerade nicht zugänglich sein.²³³

Informelle Absprachen innerhalb des Strafbefehlsverfahrens generieren auf den ersten Blick nur Gewinner. Ein Geständnis erlaubt dem zürcherischen Staatsanwalt die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens,²³⁴ für den schweizerischen und den deutschen Staatsanwalt vereinfacht es (im Minimum)²³⁵ das Ermittlungsverfahren und für den deutschen Richter führt es zu einer besseren Beweislage und damit zur Beseitigung allfälliger Zweifel, ohne eine Hauptverhandlung zu entscheiden.²³⁶ Besteht der Verhandlungseinsatz des Beschuldigten in einem Einspracheverzicht, führt dies (trotz Unverbindlichkeit)²³⁷ zum sicheren Wegfall der Hauptverhandlung. Der Beschuldigte kommt im Gegenzug vielleicht mit einer mildereren Bestrafung, jedenfalls aber mit einem Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit und mit geringen Verfahrenskosten davon. Fragwürdig bleiben dabei das Gleichgewicht der Verhandlungseinsätze und damit die Machtverteilung zwischen den «Verhandlungsparteien», befindet sich doch der Beschuldigte in der Regel in einer Zwangslage.

Ein eher generelles, noch zu vertiefendes Problem liegt im inflationären Gebrauch des Geständnisses in den informellen Absprachen. Da das informelle Ab-

²³¹ Ziff. 178 Abs. 1 RiStBV: «Hat der Richter Bedenken, ohne Hauptverhandlung zu entscheiden, oder will er von der rechtlichen Beurteilung im Strafbefehlsantrag abweichen oder eine andere [...] Rechtsfolge festsetzen [...], so teilt er vor einer Entscheidung über die Anberaumung der Hauptverhandlung seine Auffassung dem Staatsanwalt mit und bittet ihn um Äusserung.», Abs. 2: «Tritt der Staatsanwalt der Auffassung des Richters bei, so gibt er die Akten mit einem entsprechenden Vermerk und dem abgeänderten Strafbefehlsantrag zurück. Sonst erklärt er, dass er seinen Antrag aufrechterhalte.»; zum Vorgehen des Richters nach Erhalt des Antrags hinten N 280.

²³² KK-FISCHER, § 408a N 12.

²³³ Siehe hinten N 409 ff.

²³⁴ Zur Geständnisvoraussetzung im zürcherischen Strafbefehlsverfahren siehe hinten N 479 ff.

²³⁵ Zur Geständnisbedeutung im schweizerischen Strafbefehlsverfahren hinten N 483 ff.

²³⁶ Zur Wirkung des Geständnisses im deutschen Strafbefehlsverfahren hinten N 488 f.

²³⁷ Siehe hinten N 440.

sprachegeständnis kein «echtes» Geständnis ist, von diesem aber nicht deutlich unterschieden wird, schmälert es dessen nicht zu unterschätzenden Wert im Strafverfahren.²³⁸ Wird ein Strafbefehl auf der Basis einer informellen Absprache ausgesprochen, vermischen sich also diese beiden Institute, so wird es um so schwieriger, dem Geständnis im Strafbefehlsverfahren die passende Funktion zuzuweisen.²³⁹

- 98 Ohne auf die eigentliche Absprachediskussion einzugehen, sei hier, unbesehen aller rechtsstaatlichen Bedenken gegenüber informellen und formalisierten Absprachen, ein Umstand positiv hervorgehoben: Die durch die Verständigung stattfindende Kommunikation bietet für den Beschuldigten ein Mass an Transparenz, welches ansonsten im Strafbefehlsverfahren keineswegs selbstverständlich ist.²⁴⁰ Auch gewährt diese Art von Kommunikation eine erhöhte Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Verurteilte das Urteil als «fair» akzeptiert.

3.2 Beschleunigtes Verfahren

- 99 Während das zürcherische Normalverfahren auf dem Prinzip der Mittelbarkeit der Beweisaufnahme beruht und das schweizerische von einer «beschränkten Unmittelbarkeit» ausgeht, gilt im deutschen Hauptverfahren der Grundsatz der strikten Unmittelbarkeit.²⁴¹ Dies bedeutet, dass der deutsche Richter den Entscheid nur gestützt auf die eigene Wahrnehmung fällen darf, was zu langwierigen und schwerfälligen Hauptverhandlungen führen kann. Da nun aber bestimmte Fälle aus general- und spezialpräventiven Gründen nach einer reaktionsschnelleren Strafrechtspflege verlangen und die Justiz entlastet werden soll, hat der Gesetzgeber diesbezüglich durch Straffung des Normalverfahrens Abhilfe geschaffen.²⁴²

3.2.1 Beschleunigtes Verfahren gemäss §§ 417 ff. dStPO

- 100 Das deutsche beschleunigte Verfahren weicht vom Normalverfahren insoweit ab, als dass das Zwischenverfahren entfällt und die Hauptverhandlung ohne (oder mit verkürzter) Ladungsfrist durchgeführt wird, wobei ein vereinfachtes Beweisverfahren stattfindet.²⁴³ Damit wird trotz Durchführung der Hauptverhandlung, bei welcher der Angeklagte anwesend ist, durch verkürzte Fristen und einge-

²³⁸ Zu den Geständnisfunktionen siehe hinten N 521 ff.

²³⁹ Zum Absprachegeständnis im Strafbefehlsverfahren, SK-WESSLAU, vor §§ 407 N 8.

²⁴⁰ BAUMANN, S. 157 ff. zum Vorschlag eines obligatorischen Rechtsgesprächs – allerdings für das Normalverfahren.

²⁴¹ Zum Grundsatz der Unmittelbarkeit siehe hinten N 144; zur jeweiligen Ausgestaltung im Normalverfahren der untersuchten Rechtskreise siehe hinten N 147 ff.

²⁴² Zum Ziel des beschleunigten Verfahrens, L/R-GÖSSEL, vor § 417 N 1.

²⁴³ FEZER, ZStW 1994, S. 9; L/R-GÖSSEL, § 420 N 1.

schränkte Beweisantragsmöglichkeiten eine Beschleunigung erreicht.²⁴⁴ Einzige Voraussetzung ist der Antrag des Staatsanwalts, welcher wiederum voraussetzt, dass die Sache auf Grund des einfachen Sachverhalts oder der klaren Beweislage zur sofortigen Verhandlung geeignet ist.²⁴⁵ Dieses *oder* wird nach überwiegender Ansicht als *und* verstanden, weil die Sache ansonsten nicht zur sofortigen Verhandlung geeignet wäre.²⁴⁶ Der Beschuldigte hat weder ein Antrags- noch ein Widerspruchsrecht. Ihn vor Anberaumung der Verhandlung anzuhören, wird als zweckmässig, nicht aber als geboten erachtet. In der Literatur wird vermehrt die Abschaffung bzw. Neuregelung dieses «kurzen Prozesses» gefordert.²⁴⁷

3.2.2 Verhältnis zum deutschen Strafbefehlsverfahren

Gemeinsam ist den beiden Verfahren, dass sie eine schuldhaftige Straftat zum Gegenstand haben und der Verfahrensbeschleunigung dienen. Während dies im Strafbefehlsverfahren durch den Wegfall der Hauptverhandlung geschieht, fehlt im beschleunigten Verfahren zunächst lediglich das förmliche Zwischenverfahren – eine mündliche Verhandlung findet indessen statt. Im Unterschied zum Strafbefehlsverfahren verlangt das beschleunigte Verfahren zudem keine Einbeziehung des Beschuldigten durch Verzicht oder Einwilligung, das konsensuale Element steht also nicht im Mittelpunkt.²⁴⁸ Gemeinsam ist den beiden Verfahren jedoch die Abweichung von der Beweisaufnahme des Normalverfahrens. § 420 dStPO sieht in diesem Zusammenhang für das beschleunigte Verfahren eine Vereinfachung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vor.²⁴⁹ § 411 dStPO, welcher das Verfahren nach Einspruch gegen einen Strafbefehl regelt, verweist

²⁴⁴ BT-Drucks. 12/6853, S. 35 f.

²⁴⁵ Ausführlich und empirisch zum beschleunigten Verfahren, TIEDEMANN, als Ganzes.

²⁴⁶ KK-GRAF, § 417 N 7 mit Verweis auf OLG Stuttgart 1998, 585, 586; so auch MEYER-GOSSNER, § 417 N 16; a.A. SK-PAEFFGEN, § 417 N 13.

²⁴⁷ KK-GRAF, Vorbem. zu § 417 N 2; MEYER-GOSSNER, § 417 N 1 ff. m.w.H in N 3; SK-PAEFFGEN, § 417 N 4 ff., die Bedenken gelten vor allem den «Erleichterungen» der Beweisaufnahme; Vorschläge für eine Neuregelung bei TIEDEMANN, S. 214 ff.

²⁴⁸ Zur notwendigen Zustimmung für die Verlesung von Niederschriften und Erklärungen in § 420 Abs. 3 dStPO («Das Verfahren nach den Absätzen 1 und 2 bedarf der Zustimmung des Angeklagten, des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft, soweit sie in der Hauptverhandlung anwesend sind.»); siehe aber L/R-GÖSSEL, § 420 N 36.

²⁴⁹ Statt vieler KK-GRAF, § 420 N 1 ff.; § 420 Abs. 1 dStPO erlaubt u.a. die Verlesung von Niederschriften über frühere Vernehmungen von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten; Abs. 2 sieht eine gegenüber § 256 dStPO erweiterte Verlesungsmöglichkeit von Erklärungen von Behörden und sonstigen Stellen vor; Abs. 4 regelt schliesslich die Einschränkung von Beweisantragsmöglichkeiten in Verfahren vor dem Strafrichter.

in Absatz 2 auf diese Bestimmung.²⁵⁰ Unter Umständen besteht auch eine Parallele bei der Voraussetzung der besonderen Eignung des Falles gemäss § 417 Abs. 1 dStPO. Auf diese beiden Berührungspunkte wird somit noch zurückzukommen sein.²⁵¹

- 102 Der Anwendungsbereich des deutschen beschleunigten Verfahrens unterscheidet sich nur unwesentlich von demjenigen des Strafbefehlsverfahrens.²⁵² Obschon der Staatsanwalt bezüglich der Wahl zwischen den beiden Verfahrensarten kein direktes Ermessen hat und das beschleunigte Verfahren eigentlich erst dann zur Auswahl steht, wenn das Strafbefehlsverfahren durch die Erforderlichkeit einer Hauptverhandlung bereits ausgeschlossen wurde,²⁵³ steht diesem durch das direkte Ermessen im Hinblick auf diese Erforderlichkeit auch ein indirektes Ermessen bei der Wahl des Verfahrens zu.²⁵⁴ Das beschleunigte Verfahren wird dem Strafbefehlsverfahren in der Praxis aber dann vorgezogen, wenn eine Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten ausgefällt werden soll. Zum einen, weil im beschleunigten Verfahren (nicht jedoch im Strafbefehlsverfahren) eine unbedingte Freiheitsstrafe zulässig ist, zum anderen weil nach § 418 Abs. 4 dStPO bei einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten, anders als im Strafbefehlsverfahren, noch kein Verteidiger bestellt werden muss.²⁵⁵

3.3 Besondere Einstellungsverfahren

3.3.1 Einstellung infolge Vergleichs gemäss Art. 316 chStPO

- 103 Im schweizerischen Vergleichsverfahren kann der Staatsanwalt bei Antragsdelikten den Antragsteller und den Beschuldigten zu einer Verhandlung gemäss Art. 316 Abs. 1 chStPO vorladen.²⁵⁶ Ziel ist es, einen Vergleich zu erzielen, bei welchem der Antragsteller seinen Strafantrag zurückzieht und der Beschuldigte dafür einen Ausgleich leistet, welcher zum Beispiel in einer Entschuldigung

²⁵⁰ Kritisch statt vieler L/R-GÖSSEL, § 411 N 22.

²⁵¹ Zur Eignung siehe hinten N 409 ff., N 418; zum Verfahren nach Einspruch N 435.

²⁵² Vgl. die Rechtsfolgebegrenzungen in § 407 Abs. 2 und § 419 Abs. 1 dStPO.

²⁵³ L/R-GÖSSEL, § 417 N 31.

²⁵⁴ Zum staatsanwaltschaftlichen Ermessen im Strafbefehlsverfahren hinten N 278.

²⁵⁵ Bei Freiheitsstrafen von mindestens sechs Monaten ist ein Verteidiger auch im beschleunigten Verfahren notwendig (§ 418 Abs. 4 dStPO); zur Wahl zwischen beschleunigtem Verfahren mit Verteidigung und Normalverfahren ohne, MEYER-GOSSNER, § 417 N 4.

²⁵⁶ Das Institut der Mediation (einst Art. 317 E StPO; Botschaft E StPO, S. 1269), als Einigung zwischen Antragsteller und Beschuldigtem mit Hilfe von unabhängigen Mediatoren wurde im Laufe der Beratungen aus dem Entwurf zur schweizerischen StPO gestrichen und wird nach der endgültigen Gesetzesfassung auch den Kantonen nicht freigestellt; dazu SCHMID, Handbuch, N 1240.

oder einer Schadensdeckung bestehen kann.²⁵⁷ Bleibt der Antragsteller der Vergleichsverhandlung unentschuldigt fern, so gilt der Strafantrag als zurückgezogen. Wird eine Einigung erzielt, so wird diese protokolliert und von den Beteiligten unterzeichnet. Das Verfahren wird daraufhin gemäss Art. 319 ff. chStPO eingestellt. Bleibt die beschuldigte Person der Verhandlung fern oder wird keine Einigung erreicht, so nimmt die Staatsanwaltschaft «die Untersuchung unverzüglich an die Hand».²⁵⁸ In Art. 316 Abs. 2 chStPO ist zudem die Möglichkeit von Vergleichsverhandlungen im Hinblick auf eine Strafbefreiung infolge Wiedergutmachung nach Art. 53 chStGB geregelt, welche nicht an Antragsdelikte gebunden ist.²⁵⁹

3.3.2 Umsetzung des Opportunitätsprinzips in § 39a zhStPO, Art. 8 chStPO

Im Kanton Zürich gilt das beschränkte Opportunitätsprinzip in Form des § 39a zhStPO bereits seit 1995.²⁶⁰ Danach kann die Staatsanwaltschaft in vier Konstellationen auf die weitere Verfolgung einer Straftat verzichten und die Untersuchung einstellen, sofern nicht wesentliche Interessen der Strafverfolgung oder des Geschädigten entgegenstehen: Wenn der Tat neben anderen zur Last gelegten Taten keine wesentliche Bedeutung zukommt, eine nicht ins Gewicht fallende Zusatzstrafe zu einer rechtskräftigen Verurteilung auszusprechen wäre, gestützt auf materielles Recht bei einer Verurteilung von Strafe abzusehen bzw. von einer solchen Umgang zu nehmen wäre oder wenn eine im Ausland verbüsste Strafe anzurechnen wäre, welche der für die untersuchte Straftat zu erwartenden Strafe mindestens gleichkommt.

Das schweizerische Recht folgte der Entwicklung hinsichtlich verstärkter, aber beschränkter Opportunität und übernahm im Wesentlichen die zürcherische Regelung.²⁶¹ Neben Art. 8 Abs. 1 chStPO, welcher lediglich auf die im materiellen Recht²⁶² vorgesehenen Einstellungsgründe verweist,²⁶³ sieht Abs. 2 dieselben vier Anwendungsmöglichkeiten des Opportunitätsprinzips vor.²⁶⁴ In diesen Fällen verfügen die Behörden, dass kein Verfahren eröffnet oder das laufende Verfahren eingestellt wird. Auch hier gilt, dass einer Einstellung nicht überwiegende

²⁵⁷ SCHMID, Handbuch, N 1241; Goldschmid/Maurer/Sollberger-SOLLBERGER, S. 305 f.; ein vergleichbares Verfahren ist nach deutschem Recht bei bestimmten Antragsdelikten gemäss § 380 dStPO im Zusammenhang mit der Privatklage vorgesehen.

²⁵⁸ Art. 316 Abs. 4 chStPO; Botschaft E StPO, S. 1268.

²⁵⁹ Dazu siehe SCHMID, Handbuch, N 1242.

²⁶⁰ Bereits vorübergehend praktiziert seit 1992, dazu SCHMID, Strafprozessrecht, N 102.

²⁶¹ Botschaft E StPO, S. 1131.

²⁶² Art. 52 ff. chStGB.

²⁶³ SCHMID, Handbuch, N 187.

²⁶⁴ SCHMID, Handbuch, N 189 ff.

Interessen der Privatklägerschaft entgegenstehen dürfen. Der Verzicht auf Strafverfolgung ist im Übrigen zwingender Natur, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Damit wird einer übermässigen Drucksituation für den Beschuldigten vorgebeugt.²⁶⁵

3.3.3 Einstellungsverfahren nach §§ 153 ff. dStPO

- 106 Anders als in der Schweiz können nach deutschem Recht Verfahren wegen eines Vergehens auch allein wegen Geringfügigkeit der Schuld durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht eingestellt werden (§ 153 dStPO). Des Weiteren existiert als Ausfluss des Opportunitätsprinzips unter anderem²⁶⁶ die umstrittene Möglichkeit, ein solches Verfahren nach Erfüllung von Weisungen und Auflagen – auch Leistungen zugunsten des Geschädigten – einzustellen (§ 153a dStPO). Diese Bestimmung wurde im Jahre 1975 zur vermehrten Zurückdrängung des Strafs im Bereich der Kleinkriminalität eingeführt und deren Anwendung immer weiter ausgedehnt.²⁶⁷ Vorausgesetzt werden unter anderem der Verdacht eines Vergehens, geringe Schuld, die Zustimmung des Gerichts und des Beschuldigten sowie das Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung.²⁶⁸ Der Geschädigte wird aber nicht in das Verfahren miteinbezogen. Ein Geständnis des Beschuldigten wird nicht verlangt, auch ist ein solches nicht bereits in der Zustimmung des Beschuldigten zum Verfahren enthalten.²⁶⁹

²⁶⁵ Zum Ganzen siehe Botschaft E StPO, S. 1131 f.

²⁶⁶ Zudem kann bei Auslandtaten (§ 153c), politischen Taten (§ 153d), bei tätiger Reue im Bereich der Staatsschutzdelikte (§ 153e) und bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (§ 153f) unter bestimmten Voraussetzungen von einer Strafverfolgung abgesehen werden; siehe dazu nur KK-SCHOREIT, §§ 153c ff.

²⁶⁷ Statt vieler MEYER-GOSSNER, § 153a N 1 ff.; eingeführt durch Art. 21 Nr. 44 EGStGB vom 2. März 1974 (BGBl. I, S. 496); Statistiken zur Anwendungshäufigkeit bei RIESS, ZRP 1983, S. 94 ff. und ZRP 1985, S. 213 ff.; kritisch zum Verfahren statt vieler ZIPF, C 71 ff.

²⁶⁸ KK-SCHOREIT, § 153a N 10 ff.

²⁶⁹ Statt vieler DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 100; die Zustimmung zum Verfahren darf im Übrigen auch nicht als zivilrechtliches Geständnis angesehen werden, siehe dazu bspw. SächsVerfGH, Beschluss vom 11. Dezember 2008 (Vf. 123-IV-08), mitgeteilt in StraFo 3/2009.

3.3.4 Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren

Der grösste Unterschied zum Strafbefehlsverfahren liegt bei den vorgenannten 107
Einstellungsverfahren im ausgeprägten Opportunitätsgedanken und damit im
fehlenden Schuldspruch sowie in der weitgehenden Sanktionslosigkeit.²⁷⁰

Weiter wird der Geschädigte beim schweizerischen Vergleich direkt miteinbezo- 108
gen und dessen Interessen zumindest bei den *schweizerischen* Opportunitätsein-
stellungen berücksichtigt. Dies entspricht ganz der neueren Entwicklung, welche
sich von der traditionellen autoritativen Streitschlichtung löst und auf andere
Formen der Konfliktbewältigung setzt.²⁷¹ Die hier unbestrittene Förderung des
Rechtsfriedens wird im Strafbefehlsverfahren nicht erreicht, da die Beteiligung
des Geschädigten ausgesprochen beschränkt ist.²⁷²

Im deutschen Einstellungsverfahren nach § 153a dStPO und im schweizerischen 109
Vergleichsverfahren bestehen hinsichtlich der zwingenden Zustimmung des Be-
schuldigten deutliche Parallelen zum Strafbefehlsverfahren. So darf diese in den
genannten Verfahrensarten weder als Geständnis noch als Schuldnachweis ver-
standen werden. Die Diskussionen um das konsensuale Element in den Opportu-
nitätsverfahren können damit auch für das Strafbefehlsverfahren herangezogen
werden.

Generell ist der für den Strafbefehlsantrag vorausgesetzte «genügende Anlass» 110
im Sinne von § 170 Abs. 1 dStPO nur gegeben, wenn das Verfahren nicht nach
den §§ 153 ff. dStPO eingestellt werden kann. Damit haben die Einstellungsver-
fahren grundsätzlich Vorrang vor dem Strafbefehlsverfahren.²⁷³ Dies führt in

²⁷⁰ Jedoch ist nicht klar, ob es sich bei den Auflagen gemäss § 153a dStPO nicht auch um strafrechtliche Sanktionen handelt, dazu WEIGEND, ZStW 2001, S. 276 m.w.H.; ZIPF C 73 f. sieht im Strafbefehlsverfahren nur die Warnfunktion der Strafe verwirklicht, während mit § 153a dStPO auch (leichtere) Resozialisierungsbelange verfolgt werden könnten.

²⁷¹ SCHMID, Handbuch, N 1240.

²⁷² Zur Stellung des Geschädigten im Strafbefehlsverfahren siehe hinten N 324 ff.; allerdings sind Vergleichsverhandlungen im Sinne des Art. 316 chStPO bzw. Art. 53 chStGB auch bei erwartetem Strafbefehlsverfahren zu führen, was zu einer näheren Befassung der Staatsanwaltschaft mit dem Straffall führen muss; siehe dazu SCHMID, Handbuch, N 1354.

²⁷³ VIVELL, S. 72 m.w.H.; zudem wird in den Ausnahmefällen, in denen mittels Strafbefehl eine Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 Abs. 1 dStGB) oder das Absehen von Strafe (§ 60 dStGB) ausgesprochen werden kann, in der Regel das Einstellungsverfahren vorgezogen, KK-FISCHER, § 407 N 11, 18; MALEIKA, S. 10; MÜLLER, S. 52.

Deutschland zu einer Anwendungshäufigkeit bei den Einstellungsverfahren, welche jene des Strafbefehlsverfahrens weit übersteigt.²⁷⁴

- 111 Die erweiterten Einstellungsmöglichkeiten könnten theoretisch auch in der Schweiz zu einer Zurückdrängung des Strafbefehlsverfahrens führen. Jedoch ist auch denkbar, dass der Strafraum durch die Einstellung einzelner Vorwürfe vermehrt in den Strafbefehlsbereich verschoben wird.

3.4 Verfahren bei Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten

3.4.1 Übertretungsstrafverfahren gemäss § 328 ff. zhStPO, Art. 357 chStPO

- 112 Das schweizerische Recht nimmt eine Dreiteilung der Delikte in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen vor.²⁷⁵ Bei der (isolierten) Beurteilung von Übertretungen wird in der Regel ein besonderes Verfahren vorgesehen. Sind in einem Verfahren betreffend Vergehen und Verbrechen auch Übertretungen zu beurteilen, werden diese mit den übrigen Taten im Normal- oder Strafbefehlsverfahren beurteilt.²⁷⁶ Als Rechtsfolgen für Übertretungen kommen gemäss Art. 103 chStGB nur Bussen und gemeinnützige Arbeit in Frage.
- 113 Das zürcherische Recht sieht in den §§ 228 ff. zhStPO für die Beurteilung von Übertretungen ein Strafverfügungsverfahren vor, wobei die Zuständigkeit gemäss § 333 und § 334 zhStPO bei einer Gemeinde- oder Verwaltungsbehörde (Statthalteramt) liegt.²⁷⁷ Nach Einleitung des Verfahrens durch Polizeirapporte bzw. Anzeigen von Behörden oder Privaten wird zunächst ein polizeiliches Ermittlungsverfahren geführt (§ 336 ff. zhStPO). Die Polizei erstattet der zuständigen Verwaltungsbehörde einen Bericht über ihre Ermittlungen, welche auch die Stellungnahme des Beschuldigten zu der ihm vorgeworfenen Übertretung zu enthalten hat. Eine Eröffnungsverfügung nach dem grundsätzlich auch in diesem Verfahren anwendbaren § 22 Abs. 4 zhStPO muss nur dann ergehen, wenn die Verwaltungsbehörde nicht sofort eine Strafverfügung erlässt.²⁷⁸ Die Verwaltungsbehörde führt in der Regel vorerst keine Untersuchung durch, sondern erlässt gestützt auf die polizeilichen Ermittlungen eine Einstellungs- oder eine Bussenverfügung. Diese entspricht inhaltlich in etwa dem Strafbefehl, enthält

²⁷⁴ Vgl. dazu die inzwischen widerlegte Prognose von KIRCH, S. 7 f., welcher noch Mitte der 1980er Jahre durch das Einstellungsverfahren nach § 153a StPO keinen Bedeutungsverlust für das Strafbefehlsverfahren erwartet hatte.

²⁷⁵ Art. 10 und 103 chStGB.

²⁷⁶ SCHMID, Strafprozessrecht, N 312; so ausdrücklich Art. 17 Abs. 2 chStPO.

²⁷⁷ Zum Übertretungsstrafverfahren SCHMID, Strafprozessrecht, N 925 ff.

²⁷⁸ SCHMID, Strafprozessrecht, N 926.

aber keine Begründung.²⁷⁹ Die Verwaltungsbehörde kann nach § 341 Ziff. 6 zhStPO auch über Zivilansprüche befinden.²⁸⁰ Sowohl der Gebüsste als auch der Geschädigte können bei der Verwaltungsbehörde innerhalb einer Frist von zehn Tagen schriftlich oder mündlich eine gerichtliche Beurteilung verlangen. Wird dies unterlassen, wird die nicht angefochtene Strafverfügung formell rechtskräftig. Die Verwaltungsbehörde erhebt nach einer Einsprache im Sinne einer Strafuntersuchung die zur Beurteilung des Begehrens notwendigen Beweise (§ 343 Abs. 1 zhStPO). Halten sowohl die Verwaltungsbehörde als auch der Gebüsste nach durchgeführter Untersuchung an ihrem jeweiligen Standpunkt fest, so überweist die Verwaltungsbehörde die Verfügung mit samt den Akten dem Einzelrichter.²⁸¹ Dem Strafbefehlsverfahren entsprechend übernimmt die Strafverfügung die Funktion der Anklageschrift.²⁸² Das Verschlechterungsverbot (Verbot des *reformatio in peius*) gilt im gerichtlichen Verfahren nicht (§ 347 Abs. 2 zhStPO).

Die materielle Rechtskraft greift nur insoweit, als dass kein zweites Übertretungsverfahren durchgeführt werden kann (§ 349 zhStPO). Nach der Praxis kann die Strafverfügung jedoch unter anderem dann aufgehoben werden, wenn sich herausstellt, dass sich der Täter durch den gleichen Sachverhalt eines Verbrechens oder Vergehens schuldig gemacht hat.²⁸³ 114

In der Schweiz wird die Zuständigkeitsregelung in diesem Bereich den Kantonen überlassen.²⁸⁴ Diese können die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen gemäss Art. 17 Abs. 1 chStPO einer Verwaltungsbehörde übertragen, aber auch Staatsanwaltschaften oder Gerichte dafür vorsehen.²⁸⁵ Das Verfahren wird nach der endgültigen Fassung gemäss Art. 357 Abs. 2 chStPO, unabhängig von der zuständigen Behörde, sinngemäss nach den Vorschriften des Strafbefehlsverfahrens durchgeführt.²⁸⁶ Die zur Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen eingesetzten Verwaltungsbehörden erhalten gemäss Abs. 1 die Befugnisse der Staatsanwaltschaft. 115

²⁷⁹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 927; e contrario § 340 Abs. 2 zhStPO.

²⁸⁰ Kritisch SCHMID, Strafprozessrecht, N 927 m.H. auf die Materialien.

²⁸¹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 928.

²⁸² § 344 Abs. 2 zhStPO; somit Geltung des Anklageprinzips seit der Justizreform 2003.

²⁸³ Zu dieser Ausnahme vom Grundsatz *ne bis in idem* eingehend ACKERMANN/EBENS-PERGER, S. 834 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 933 m.w.H.; zur entsprechenden früheren Regelung im deutschen Strafbefehlsverfahren siehe hinten N 259.

²⁸⁴ Botschaft E StPO, S. 1293.

²⁸⁵ Goldschmid/Maurer/Sollberger-USTER, S. 16.

²⁸⁶ Anders noch Botschaft E StPO, S. 1292; anlässlich der parlamentarischen Beratungen wurde das Übertretungsstrafverfahren mit dem Strafbefehlsverfahren zusammengelegt und die besonderen Bestimmungen der Art. 361 ff. E StPO aus dem Entwurf gestrichen (siehe insbesondere AB SR 2006, S. 1050); dazu auch WICKI, S. 225.

3.4.2 Schweizerisches Ordnungsbussenverfahren

- 116 Das Ordnungsbussengesetz (OBG)²⁸⁷ findet Anwendung auf Übertretungen der Strassenverkehrsvorschriften des Bundes, welche mit Angabe der konkreten Rechtsfolge in einer Bussenliste geführt werden.²⁸⁸ Gemäss Art. 1 Abs. 2 OBG liegt die Höchstgrenze der Ordnungsbussen bei 300 Franken. Die Strafe erfordert ein Verschulden des Täters, Vorleben und persönliche Verhältnisse werden jedoch nicht berücksichtigt.²⁸⁹ Das Opportunitätsprinzip gilt nur als Ausnahme. Die Taten werden direkt von der Polizei in einem vereinfachten Verfahren sanktioniert. Dabei handelt es sich um Strafen, die nicht durch gerichtlichen Entscheid, sondern durch Verwaltungsakt ausgesprochen werden.²⁹⁰ Lehnt der Beschuldigte das Ordnungsbussenverfahren ab, werden «das ordentliche Strafrecht»²⁹¹ und die Verfahrensvorschriften für Übertretungen angewendet.

3.4.3 Deutsches Ordnungswidrigkeitenverfahren

- 117 Auch in Deutschland existierte bis 1974 die Dreiteilung der Delikte in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Zu den Übertretungen wurde leichtes Polizei- und Verwaltungsunrecht gezählt. Um die Unterscheidung von Rechtsverstössen und Kriminalunrecht vor allem im Wirtschaftsstrafrecht zu verdeutlichen, wurde mit dem Wirtschaftsstrafgesetz 1949 die «Ordnungswidrigkeit» als eigene Deliktsart geschaffen und eine Trennung von Strafrecht in engeren Sinne und Ordnungswidrigkeitenrecht durchgeführt.²⁹² Für eine einheitliche Ahndungsgrundlage wurde 1952 schliesslich das Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)²⁹³ geschaffen. Damit verloren die Übertretungstatbestände im Strafgesetzbuch an Bedeutung,²⁹⁴ so dass sie schliesslich durch das EGStGB von 1974

²⁸⁷ Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 (SR 741.03).

²⁸⁸ Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 OBG; zum Unterschied zwischen dem Ordnungsbussenverfahren und dem Strafbefehlsverfahren des Kantons Aargau, SCHWITTER, S. 67 ff.

²⁸⁹ Art. 1 Abs. 3 OBG; das Verfahren ist nach Art. 2 OBG aber u.a. dann ausgeschlossen, wenn Personen gefährdet oder Sachen beschädigt werden und «bei Widerhandlungen, die nicht von einem ermächtigten Polizeiorgan selber beobachtet wurden, ausser bei Geschwindigkeitskontrollen und der Feststellung von Übertretungen durch automatische Überwachungsanlagen [...]» (lit. b).

²⁹⁰ SCHWITTER, S. 70 m.w.H.

²⁹¹ Art. 10 Abs. 2 OBG.

²⁹² MITSCH, S. 24; Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 26. Juli 1949.

²⁹³ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952, BGBl. I, S. 177; in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987, BGBl. I S. 602, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2353.

²⁹⁴ MITSCH, S. 26.

mit Wirkung ab 1. Januar 1975 vollständig abgeschafft wurden. Die Tatbestände wurden dabei teilweise durch materielle Entkriminalisierung beseitigt, teilweise in Ordnungswidrigkeiten umgewandelt und vereinzelt zu Vergehen hochgestuft.²⁹⁵

Sanktioniert werden Ordnungswidrigkeiten zunächst durch eine Verwaltungsbehörde. Dagegen kann nach §§ 67 ff. OWiG Einspruch erhoben werden. Das nachfolgende Hauptverfahren vor Gericht richtet sich dann gemäss § 71 Abs. 1 OWiG im Wesentlichen nach den Vorschriften über das Verfahren nach Einspruch gegen einen Strafbefehl. Einzig mögliche Rechtsfolge einer Ordnungswidrigkeit ist die Geldbusse, bei Strassenverkehrsdelikten zudem das Fahrverbot bis zu drei Monaten (§§ 24, 24a StVG). Bei der Verfolgung der Widerhandlungen gilt das Opportunitätsprinzip. Ein Strafklageverbrauch gilt nur im Hinblick auf eine weitere Verfolgung nach Ordnungswidrigkeitenrecht und wenn ein Richter im Rahmen eines Strafverfahrens über eine Ordnungswidrigkeit erkannt hat (§§ 81 ff. OWiG).²⁹⁶ Der Gesetzgeber ordnet Delikte dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu, indem er die entsprechende Rechtsfolge bestimmt.²⁹⁷ Die Einteilung in Ordnungswidrigkeiten und Kriminalstrafen beruht also auf dem alleinigen Willen des Gesetzgebers. 118

3.4.4 Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren

Grundsätzlich überschneiden sich die Anwendungsbereiche der genannten Verfahrensarten nicht mit jenem des Strafbefehlsverfahrens. Letzteres findet aber dann auch auf Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten Anwendung, wenn diese zusammen mit Vergehen oder Verbrechen in einem Verfahren zu beurteilen sind. 119

Das Verfahren bei Übertretungen in der Schweiz und bei Ordnungswidrigkeiten in Deutschland folgt wie das Strafbefehlsverfahren nicht den Prinzipien des Normalverfahrens, jedoch steht ein solches dem Beschuldigten auch hier (nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz mit gewissen Abstrichen) immer offen. Im Unterschied zum Strafbefehlsverfahren gilt die materielle Rechtskraft nur insoweit, als dass kein zweites Übertretungs- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren durch- 120

²⁹⁵ KUNZ, S. 50, mit dem Hinweis darauf, dass Delikte wie Mundraub, Notentwendung und Notbetrug, welche ursprünglich Übertretungen waren, zu Vergehen (bspw. Mundraub heute § 242 dStGB, früher § 370 Nr. 5 dStGB) hochgestuft werden mussten, weil sie sozialetisch anerkannte Individualrechte schützen und deshalb nicht ins Ordnungswidrigkeitenrecht überführt werden konnten; zum entsprechenden Entwurf eines EGStGB kritisch DENCKER, JZ 1973, S. 144 ff.

²⁹⁶ Zum Ganzen, KK-OWiG-BOHNERT, Einleitung, N 1 ff.

²⁹⁷ KK-OWiG-BOHNERT, Einleitung N 3; MITSCH, S. 26.

geführt werden kann. Jedoch kann das Verfahren wegen eines Vergehens oder Verbrechens wieder aufgerollt werden.

- 121 Für die vorliegende Untersuchung bedeutend ist auch die hier relevante Frage nach dem Prozess zur Abgrenzung zwischen dem Polizei- und dem Kriminalunrecht. Diese Diskussion könnte für die Frage, wo die Grenze des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens liegen sollte, durchaus herangezogen werden.²⁹⁸

3.5 Fazit

- 122 Gemeinsamer Zweck all dieser Verfahrensarten ist die Beschleunigung des Verfahrens gegenüber dem Normalverfahren.²⁹⁹ Unterschiedlich sind dabei nur die Mittel. So wird bei den einen auf die Hauptverhandlung bzw. Teile davon verzichtet, bei anderen auf die materielle Beurteilung, die eingehende Untersuchung oder gar die Verfolgung der Tat.
- 123 Diese Abweichungen vom Normalverfahren bedürfen einer besonderen Legitimation. Eine solche kann vorliegend zwar nur für das Strafbefehlsverfahren abschliessend geprüft werden. Allerdings enthält das Strafbefehlsverfahren Elemente, welche auch in anderen vereinfachten Verfahren zu finden sind. Dies gilt beispielsweise für das Konsenselement der Einstellungsverfahren oder für die Vereinfachung des Beweisverfahrens im beschleunigten Verfahren. Diesbezügliche Erkenntnisse können bei einer Diskussion um den Ausgleich von Garantiedefiziten im Strafbefehlsverfahren nützlich sein. Auch wurden vorgehend Besonderheiten sichtbar, welche durchaus auch zu einer Aufwertung des Strafbefehlsverfahrens führen könnten. So handelt es sich bei der Eignungsvoraussetzung im beschleunigten Verfahren und beim Kommunikationsaspekt in den Abpracheverfahren um potentielle Aufwertungsinstrumente für das Strafbefehlsverfahren.
- 124 Unabhängig davon ist die unterschiedliche faktische Bedeutung dieser vereinfachten Verfahrensarten ein Indikator für die jeweilige praktische Relevanz des Strafbefehlsverfahrens in den beiden Ländern.

²⁹⁸ Siehe hinten N 364.

²⁹⁹ WEIGEND, ZStW 2001, S. 274 f.; zum Zweck des Strafbefehlsverfahrens siehe bereits vorne N 52.

4. Praktische Relevanz

In der Schweiz ergehen – so die Schätzung – über 90% aller in Rechtskraft erwachsenen Strafbefehlsentscheidungen im Strafbefehlsverfahren.³⁰⁰ Eine landesweite Statistik über die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens liegt nicht vor, weshalb vorliegend beispielhaft von den Zahlen des Kantons Zürich ausgegangen wird: Im Jahre 2008 wurden bei insgesamt 23'595 Erledigungen 12'028 Strafbefehle erlassen und 2'369 Anklagen erhoben. Die übrigen 9'198 Verfahren wurden eingestellt. 98.5% und damit 2'333 der Anklagen wurden zugelassen.³⁰¹ Innerhalb der so erwirkten 14'361 materiellen Entscheide liegt der Strafbefehlsanteil bei ca. 84%. Dieser Anteil lag im Jahre 2002 noch bei ca. 82% und im Jahre 2000 bei ca. 78%.³⁰² Bei den genannten Zahlen ist nicht klar, ob alle erlassenen Strafbefehle gezählt wurden oder nur die in Rechtskraft erwachsenen. Dies kann vorliegend offen bleiben, da die Einsprachequote im Kanton Zürich erfahrungsgemäss verschwindend klein ist.³⁰³ Berücksichtigt man die unterschiedlichen Regelungen, Anwendungsbereiche und alternativen Erledigungsarten, ist ein direkter Vergleich zu den Zahlen anderer Kantone wenig aussagekräftig. Zur Vervollständigung des Bildes und zur Nachvollziehbarkeit des geschätzten Durchschnitts können diese aber durchaus herangezogen werden. So wurden im Jahre 2002 in Luzern 99% der nicht eingestellten Verfahren durch Strafverfügung erledigt,³⁰⁴ während es im selben Jahr im Kanton Freiburg 95% und 2004 im Kanton Basel-Stadt 98% waren.³⁰⁵ Als Folge eines erweiterten Anwendungsbereichs in der schweizerischen Strafprozessordnung ist zu erwarten, dass in allen Kantonen die überwiegende Zahl der Verurteilungen noch immer (oder erst recht) mittels Strafbefehl ergehen wird.³⁰⁶

In Deutschland sind die Statistiken ergiebiger,³⁰⁷ da Zahlen für die gesamte Bundesrepublik zur Verfügung stehen. So gelangten im Jahre 2007 bundesweit 558'538 Fälle mit Anklage und 590'018 mit Strafbefehlsantrag an ein Amtsgericht. Hinzu kommen, mit über einer Million, nochmals etwa gleich viele Oppor-

³⁰⁰ RIKLIN, GA 2006, S. 505, die angefochtenen sind bereits abgezogen; DERS., Strafbefehl, S. 763; weit tiefere Zahlen finden sich bei GILLIÉRON/KILLIAS, S. 381 f. und GILLIÉRON, S. 53, welche gestützt auf eine kriminologische Diplomarbeit über die Kantone Zürich, Waadt und Genf hochgerechnet für die Schweiz auf 76% kommen.

³⁰¹ GBRR des Kantons Zürich für das Jahr 2008, S. 73.

³⁰² GBRR des Kantons Zürich für das Jahr 2002, S. 43 bzw. für das Jahr 2000, S. 34.

³⁰³ Gemäss RIEDER, S. 247 durchschnittlich ca. 4–5%; ähnlich HOTTELIER, S. 216, für den Kanton Genf.

³⁰⁴ WIPRÄCHTIGER, 38 ff.

³⁰⁵ RIKLIN, Strafbefehl, S. 763; DERS., FS-Bolle, S. 115; für die Zahlen im Kanton Freiburg siehe FAVRE, S. 225 ff.; vgl. ältere Zahlen bei DUBS, S. 139 ff.

³⁰⁶ PIETH, AJP 2002, S. 628; DERS., FS-Trechsel, S. 422.

³⁰⁷ Zu verfügbaren Erkenntnismitteln und der Qualität der Statistiken, HEINZ, S. 279.

- tunitätseinstellungen.³⁰⁸ Innerhalb der materiellen Erledigungen beträgt der Anteil der Strafbefehlsanträge somit etwas mehr als 50%.³⁰⁹ In Deutschland erfolgt etwa in einem Drittel aller Fälle ein Einspruch gegen den Strafbefehl.³¹⁰ Allerdings wird ein knappes Drittel dieser Einsprüche wieder zurückgenommen.³¹¹
- 127 Dieser im Vergleich zur Schweiz geringe Anteil an Strafbefehlen ist wohl einerseits auf die Beschränkung auf Vergehen zurückzuführen.³¹² Möglicherweise ist er aber auch die Folge der in Deutschland zur Verfügung stehenden Alternativen. So wird in Deutschland bei der Hälfte aller verfolgbaren Fälle auf die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. dStPO zurückgegriffen.³¹³ Sind die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt, wird auf Absprachen ausgewichen. Über diese beiden zusätzlichen «Ventile» wird in der Schweiz (bislang) nur beschränkt verfügt.³¹⁴ Auch wenn mit der Einführung neuer Verfahrensformen eine Entwicklung in diese Richtung erwartet werden könnte, ist doch zu bedenken, dass das schweizerische Recht für Absprachen schon deshalb weniger empfänglich ist, weil die Hauptverhandlung ohnehin bereits auf «Sparflamme betrieben»³¹⁵ wird und die unmittelbare Beweisaufnahme die Ausnahme darstellt.
- 128 Insgesamt nimmt das Strafbefehlsverfahren heute in beiden Ländern die Aburteilung³¹⁶ des grössten Teils der kleinen und inzwischen auch mittleren Kriminalität ein und hat sich sichtbar von der Ausnahme zur Regel entwickelt.³¹⁷ Eine Tatsache, der weder der Umfang der neueren wissenschaftlichen Abhandlungen

³⁰⁸ Statistisches Bundesamt in Wiesbaden, Justizgeschäftsstatistik, Geschäftsentwicklung bei Gerichten und Staatsanwaltschaften seit 1995, vom 30. Juni 2007, S. 30.

³⁰⁹ Siehe zur Auswertung neuerer Statistiken auch L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 16; SK-WESSLAU, vor § 407 N 6; zu älteren Statistiken, HEINZ, S. 285.

³¹⁰ Statt vieler BÖTTCHER, S. 299 f.

³¹¹ Zu dieser Möglichkeit siehe hinten N 437.

³¹² RIKLIN, Strafbefehl, S. 763 weist zudem darauf hin, dass die Schweiz zahlreiche Widerhandlungen als Übertretungen behandelt und mit Kriminalstrafen belegt, welche in Deutschland als Ordnungswidrigkeiten eingestuft sind. Dies erklärt die dargelegten Verhältnisse von Anklage, Strafbefehl und Opportunitätseinstellungen aber nicht.

³¹³ Zu dieser Entwicklung innerhalb Deutschlands VIVELL, S. 72; zur Entwicklung der Anwendungshäufigkeit des § 153a dStPO in den ersten Jahren nach der Einführung im Vergleich zum Strafbefehlsverfahren RIESS, ZRP, 1983, S. 96 f. und ZRP 1985, S. 213 ff.; zum beschleunigten Verfahren als alternative Anklagemöglichkeit siehe vorne N 102 und HEINZ, S. 287; zum Verhältnis auch RIESS, Erledigungsarten, 91 ff.

³¹⁴ OBERHOLZER, AJP 1992, S. 8; RIKLIN, Strafbefehl, S. 779; DERS. FS-Bolle, S. 115; siehe auch FAVRE, S. 225 ff., welcher in seiner Studie für den Kanton Freiburg zum Ergebnis kommt, dass Opportunitätseinstellungen zur seltenen Ausnahme gehören.

³¹⁵ PIETH, Grundriss, S. 191; siehe hinten N 147 f.

³¹⁶ Die Einstellungen sind dementsprechend nicht mitgerechnet.

³¹⁷ Ähnlich auch schon DUBS, S. 141.

gen³¹⁸ noch die Gewichtung in der Lehre³¹⁹ gerecht wird. Empirische Untersuchungen zum Strafbefehlsverfahren gibt es nur wenige,³²⁰ statistische Erhebungen sind spärlich und unvollkommen. Zu höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt es aufgrund der «konsensualen» Natur des Verfahrens zudem in beiden Ländern praktisch nicht.

³¹⁸ Monographien der letzten 30 Jahre in der *Schweiz*: LÄMMLI 1983 (Kanton Solothurn); OBERHÄNSLI 1983 (Kanton Thurgau); SCHWITTER 1996 (Kanton Aargau); LÓPEZ 2001 (Kanton Basel-Landschaft); in *Deutschland*: ERBE 1979, KIRCH 1987, MÜLLER 1993, FISCH 1999, EBERT 2000; MALEIKA 2000, GEIS 2000; VIVELL 2006.

³¹⁹ So bspw. in der *Schweiz* HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 1 ff. (4 Seiten von 576); SCHMID, Strafprozessrecht, N 909 ff. (4 Seiten von 474); SCHMID, Handbuch, N 1352 ff. (11 Seiten von 857) in *Deutschland*: BEULKE, N 526 ff. (3 Seiten von 315); KÜHNE, N 1127 ff. (4 Seiten von 796), ROXIN/SCHÜNEMANN, § 68 N 1 ff. (4 Seiten von 498).

³²⁰ Hinweise bei GILLIÉRON/KILLIAS (*Schweiz*) und HEINZ (*Deutschland*).

2. Teil: Wesen und Defizite des Strafbefehlsverfahrens

Das Strafbefehlsverfahren ist ein schriftliches Strafverfahren. Ohne Hauptverhandlung und im Regelfall ohne Anhörung des Beschuldigten durch die Strafbefehlsbehörde, ergeht basierend auf den Akten eine Entscheidung, welche Schuldanspruch und Strafhöhe enthält. Der Beschuldigte und berechnigte Dritte können unter Einhaltung einer kurzen Frist verlangen, dass die Sache im ordentlichen Verfahren beurteilt wird. Ohne eine solche Einsprache wird der Strafbefehl definitiv und vollstreckbar. 129

Diese knappe Darstellung stellt den kleinsten gemeinsamen Nenner dar, auf welchen man sich in beiden Ländern einstweilen geeinigt hat.³²¹ Darüber hinaus bestehen in den untersuchten Strafprozessordnungen bei der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung bedeutende Unterschiede. Unabhängig davon herrschen auch innerhalb des jeweiligen Rechtskreises hinsichtlich des Wesens des Strafbefehlsverfahrens unübersichtliche und grundlegende Differenzen. Insbesondere besteht Uneinigkeit über die Grundlage der Entscheidung.³²² Und so gehen denn auch die Auffassungen über die Qualität des Verfahrens auseinander. Sie reichen von *rechtsstaatlich unbedenklich*³²³ über *teilweise konventions- und verfassungswidrig*³²⁴ oder *bedenklich*³²⁵ bis *untragbar*³²⁶. 130

³²¹ *Schweiz*: ALTORFER, S. 1; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 1 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 909 ff.; Donatsch/Schmid-DERS., § 317 N 1 ff.; DERS., Handbuch, N 1352 ff.; SCHWITTER, S. 5 f.; *Deutschland*: KK-FISCHER, Vorbem. zu §§ 407 ff. N 1; KÜHNE, N 1127; PETERS, Strafprozess, S. 562 ff.; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 68 N 1 ff.; zur Ansiedlung ausserhalb des Strafprozessrechts vgl. allerdings noch MAYER, GS 99, S. 65.

³²² Siehe dazu hinten N 213 ff.

³²³ WIDMER, S. 607 f.; KK-FISCHER, Vorbem. zu §§ 407 ff. N 3 m.w.H.; BVerfGE 3, 248, 253 (NJW 1954, 69); BVerfGE 25, 158, 164 (NJW 1969, 1103).

³²⁴ Für die *Schweiz* BISCHOFBERGER, S. 54 ff. (fehlender Richter), S. 110 (fehlende Öffentlichkeit); zur Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft und Zulässigkeit von Freiheitsstrafen MORSCHER, S. 209 (im Zusammenhang mit Art. 345 (a)chStGB); so auch SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 533; für *Deutschland* SK-WESSLAU, vor § 407 N 18 ff., insb. N 22.

³²⁵ PFENNINGER, ZStrR 1919, S. 376; zustimmend ALTORFER, S. 2; LÄMMLI, S. 47 f.; siehe auch BÖTTCHER, S. 300 zur massiven Ablehnung im Gesetzgebungsverfahren zum Rechtspflegeentlastungsgesetz 1993.

³²⁶ Schnörkellos BINDING, S. 214 «[...] opfert die Grundsätze, dass der Angeklagte vor der Verurteilung nicht nur richterliches Gehör zu verlangen, sondern auch sein höchstpersönliches Verteidigungsrecht auszuüben hat, dass Strafe nur auf voll erbrachten Schuldbeweis in einem mündlichen Verfahren verhängt werden darf [...]»

- 131 Mittels der nachfolgenden Untersuchung sollen einerseits eine Ausformulierung obiger Darstellung ermöglicht und gleichzeitig die Defizite des Verfahrens erkannt und hervorgehoben werden. Sowohl Wesen als auch Defizite sind dabei immer im Verhältnis zum jeweiligen Normalverfahren zu definieren. Dies folgt aus der vorläufigen Annahme, dass das jeweilige Normalverfahren diejenigen Garantien gewährt, welche der jeweilige Gesetzgeber als für einen Rechtsstaat unabdingbar erachtet. Im folgenden Teil der Abhandlung werden somit nur diejenigen Aspekte des Strafbefehlsverfahrens untersucht, welche parallel zum Normalverfahren verlaufen und negative Abweichungen von diesem sichtbar werden lassen. Dies bedeutet, dass die Bestimmungen des Strafbefehlsverfahrens nur bis und mit Erlass des Strafbefehls auf Defizite untersucht werden. In einem allfälligen, daran anknüpfenden Einspracheverfahren ist demgegenüber keine Parallele zum Normalverfahren mehr erkennbar. Deshalb wird dieser Komplex erst im 3. Teil als potentielle Aufwertung des Strafbefehlsverfahrens behandelt. Diese Trennung kann auch damit begründet werden, dass der rechtskräftige Strafbefehl die Regel sein sollte und die Einsprache in der Regel zur Nichtigkeit des Strafbefehls führt. Damit kann nicht die Einsprache an sich Teil des Strafbefehlsverfahrens sein, sondern nur die hypothetische Einsprache und damit die Einsprachemöglichkeit. Diese stellt bildlich gesprochen das *Hintertürchen* des im Folgenden behandelten Verfahrensabschnitts dar.

1. Fehlen der Hauptverhandlung

1.1 Begriff des «summarischen Verfahrens»

- 132 Ein grundlegendes Wesensmerkmal des Strafbefehlsverfahrens ist die Beschleunigung. Diese wird dadurch erreicht, dass Teile des Normalverfahrens weggelassen werden. Charakteristisch für das Strafbefehlsverfahren ist, mit dem einleitend gebrauchten Bild vom zeitlich-inhaltlichen Transportmittel, das gänzliche Fehlen der Hauptverhandlung zwischen Vorverfahren und Urteil.³²⁷ Ein Verfahren, welches die üblichen Förmlichkeiten entweder gar nicht oder nur zum Teil beachtet, wird als summarisch bezeichnet. Nach überwiegender Ansicht wird demzufolge auch das Strafbefehlsverfahren in beiden Ländern unter die summarischen Verfahren subsumiert.³²⁸

und wenn «er trotz seiner Unschuld lieber die paar Mark bezahlt, als auf der Anklagebank des Schöffengerichts» zu erscheinen, so ist die Strafe hier «die Besteuerung dessen, der verdächtigt worden ist und sich ungern in einen ordentlichen Strafprozess verwickelt sieht.»

³²⁷ Siehe vorne N 48; LÄMMLI, S. 46; ERBE, S. 24.

³²⁸ *Schweiz*: als «potenziert-summarisch» bezeichnet von ALTORFER, S. 1; LÄMMLI, S. 46; SCHWITTER, S. 1; **a.A.** MORSCHER, S. 195; *Deutschland*: KK-FISCHER,

An dieser Stelle ist vorwegnehmend zu betonen, dass sich der Begriff «summarisch» im Zusammenhang mit dem Strafbefehlsverfahren nur auf den Wegfall von Verfahrensteilen und Förmlichkeiten bezieht und nicht mit der Entscheidung an sich in Verbindung gebracht werden sollte.³²⁹ 133

1.2 Defizite

Nachfolgend ist im Sinne einer kurzen Übersicht auf diejenigen Prinzipien des Normalverfahrens einzugehen, welche durch den Wegfall des Instituts der Hauptverhandlung im Strafbefehlsverfahren offensichtlich und direkt umgangen werden. Zu prüfen ist dabei die Vereinbarkeit des Strafbefehlsverfahrens mit den Grundsätzen der Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit und Mündlichkeit.³³⁰ Hierbei ist insbesondere zu untersuchen, welche Umgehungen zu welcher Art von Defiziten im Strafbefehlsverfahren führen. 134

1.2.1 Öffentlichkeitsprinzip

a) Grundsatz

Das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Öffentlichkeitsprinzip umfasst die Öffentlichkeit der Verhandlung (S. 1) und die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung (S. 2),³³¹ wobei die eine ohne die andere durchaus möglich ist.³³² 135

Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bezieht sich auf die Publikums- und die Presseöffentlichkeit.³³³ Beides hat zum Ziel, den staatlichen Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen unter die Kontrolle der Allgemeinheit zu stellen. Dies soll zu einer gesetzmässigen Behandlung der Betroffenen führen und das Verantwortungsbewusstsein des Rich- 136

Vorbem. zu §§ 407 ff. N 1; L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 24; MEYER-GOSSNER, Vorbem. zu §§ 407 ff. N 1; WANKE, S. 9; SK-WESSLAU, vor § 407 N 2.

³²⁹ Zur irreführenden Verwendung und der eigentlichen Bedeutung des Begriffs «summarisch» im Strafbefehlsverfahren siehe L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 24; MALEIKA, S. 90; MÜLLER, S. 130; SK-WESSLAU, vor § 407 N 2.

³³⁰ Zum Verhältnis von Hauptverhandlung und Schuldüberzeugung, hinten N 213 ff.

³³¹ BISCHOFBERGER, S. 107 ff.; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 190 f., 198; PEUKERT, Art. 6 N 187, 196; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 47 N 1 ff.; SCHMID, Handbuch, N 247 ff.; Art. 14 Ziff. 1 IPBPR, Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 69 ff. chStPO; § 135 zhGVG; §§ 169 ff. dGVG.

³³² Statt vieler PEUKERT, Art. 6 N 196.

³³³ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 191 und SCHMID, Handbuch, N 247 ff., 250, 255 zur Parteiöffentlichkeit, welche die Teilnahme der Verfahrensbeteiligten an bestimmten Prozesshandlungen und an der Gerichtsverhandlung garantiert, jedoch in den Bestimmungen über die Teilnahmerechte der Verfahrensbeteiligten geregelt ist.

ters stärken.³³⁴ Eine Geheimjustiz soll damit verhindert werden und der Allgemeinheit soll eine Querkontrolle vor allem im Bezug auf die Strafzumessung ermöglicht werden, da es zu verhindern gilt, «dass die gesamte Tätigkeit des Gerichts hinter verschlossenen Türen in ein Dunkel gehüllt und dadurch Argwohn und Misstrauen ausgesetzt wird».³³⁵ Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist sowohl ein Recht des Angeklagten als auch der Allgemeinheit.³³⁶ Allerdings sieht Art. 6 Abs. 1 EMRK mehrere Gründe für einen Ausschluss der Öffentlichkeit vor.³³⁷

- 137 Die öffentliche Urteilsverkündung untermauert die Rechtsdurchsetzung und ermöglicht parallel zur Verhandlungsöffentlichkeit, jedoch weniger detailliert, die Kontrolle des Urteils durch die Allgemeinheit.³³⁸ Der Zweck geht demzufolge in dieselbe Richtung, die Wirkung steht allerdings hinter jener der Verhandlungsöffentlichkeit zurück, da zwar das Produkt des Verfahrens, aber nicht dessen Ablauf überprüft werden kann. Jedoch kommt hier der Aspekt der Orientierung der Allgemeinheit über die Rechtsprechung hinzu.³³⁹ Auch die öffentliche Urteilsverkündung ist nicht nur ein Recht des Beschuldigten, sondern hat auch gegen dessen Willen zu erfolgen.³⁴⁰ Obwohl Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK keine Möglichkeit für den Ausschluss der Öffentlichkeit bei der Urteilsverkündung vorsieht, werden solche Ausschlussgründe durch die Praxis des EGMR bejaht.³⁴¹

b) Geltung im Normalverfahren

- 138 Der Öffentlichkeitsgrundsatz wurde schon bald nach Ablösung der heimlichen Kammerjustiz dort relativiert, wo andere Grundsätze durch diesen selbst als gefährdet betrachtet wurden.³⁴² Einerseits wurde erkannt, dass die Stigmatisierungswirkung einer öffentlichen Verhandlung bei leichteren Delikten unverhältnismässig belastend sein kann, andererseits, dass die Wahrheitsfindung durchaus auch unter der Öffentlichkeit leiden kann. Zudem ist aufgrund des individuellen Anspruchs auf Achtung des Privatlebens und Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten stets eine Abwägung zwischen Persönlichkeitsinteressen

³³⁴ SCHMID, Handbuch, N 248; PEUKERT, Art. 6 N 187; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 47 N 1; zur Geschichte und Bedeutung der Öffentlichkeit WITZLER, S. 15 ff.

³³⁵ BGHSt 3, 387, 388.

³³⁶ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 194; a.A. offenbar PEUKERT, Art. 6 N 199.

³³⁷ Statt vieler HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 196; PEUKERT, Art. 6 N 198.

³³⁸ In dem Sinne auch BISCHOFBERGER, S. 118 f.

³³⁹ HAUSER, FS-Walder, S. 167 m.w.H.

³⁴⁰ BISCHOFBERGER, S. 119; SCHMID, Strafprozessrecht, N 161.

³⁴¹ Statt vieler HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 198.

³⁴² Zu den anerkannten Nachteilen der Öffentlichkeit SCHMID, Handbuch, N 249; BOMMER, FS-Trechsel, S. 682 sieht durch den Ausschluss von Publikum das *Prinzip an sich* nicht als tangiert.

und öffentlichem Interesse vorzunehmen.³⁴³ Für die vorliegende Untersuchung entscheidend ist nun aber die Tatsache, dass die in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehenen und in den nationalen Erlassen konkretisierten Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz auf den Einzelfall anzuwenden sind. Diesbezügliche Einschränkungen bedürfen demnach jeweils einer Begründung.

c) Verhandlungsöffentlichkeit im Strafbefehlsverfahren

Die Verhandlungsöffentlichkeit ist im Strafbefehlsverfahren infolge der charakteristischen Schriftlichkeit nicht realisierbar.³⁴⁴ In Art. 69 Abs. 3 lit. d chStPO wird sie für das Strafbefehlsverfahren denn auch ausdrücklich ausgeschlossen.³⁴⁵ Im zürcherischen und deutschen Recht ist diese Ausnahme von der Verhandlungsöffentlichkeit nicht ausdrücklich geregelt, was an der praktischen Unmöglichkeit einer öffentlichen Verhandlung in einem schriftlichen Verfahren freilich nichts ändert. Damit wird mangels einer publikumsöffentlichen Hauptverhandlung eine öffentliche Kontrolle des Strafbefehlsverfahrens zunächst einmal strukturell verunmöglicht.³⁴⁶ Da die Öffentlichkeit im Verfahren demnach nicht erzwungen werden kann, bleibt nachfolgend zu klären, ob der Kontrollfunktion des Öffentlichkeitsprinzips durch eine allfällige Urteilsöffentlichkeit Genüge getan werden könnte und ob (und allenfalls wie) eine solche in den untersuchten Rechtskreisen verwirklicht ist. 139

d) Urteilsöffentlichkeit im Strafbefehlsverfahren

Die Schweiz hatte bei der Ratifikation der EMRK den Vorbehalt angebracht, wonach unter anderem der Grundsatz der Urteilsöffentlichkeit nur dann gelten sollte, wenn kantonale Verfahrensgesetze nicht die schriftliche Verfahrensform vorsehen würden.³⁴⁷ Der Vorbehalt, der in erster Linie für die Beurteilung von Strafsachen durch Verwaltungsbehörden gedacht war, wurde vom EGMR als ungültig beurteilt und von der Schweiz zurückgezogen.³⁴⁸ 140

³⁴³ Für *Deutschland*: KÜHNE, N 380; RÖNNAU, S. 163; WITZLER, S. 101; für die *Schweiz*: eingehend HAUSER, FS-Walder, S. 170 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 52 N 14; SCHMID, Strafprozessrecht, N 154; DERS., Handbuch, N 249.

³⁴⁴ BOMMER, FS-Trechsel, S. 689; SCHMID, Strafprozessrecht, N 152.

³⁴⁵ Dazu SCHMID, Handbuch, N 269.

³⁴⁶ Zu diesem Problem des Strafbefehlsverfahrens eingehend RIKLIN, FS-Bolle, S. 117.

³⁴⁷ Art. 1 Abs. 1 lit. a des Bundesbeschlusses vom 3. Oktober 1974 über die Genehmigung der EMRK, AS 1974, S. 2148; näher zum Inhalt des Vorbehaltes bei HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 199; noch von der Gültigkeit des Vorbehalts ausgehend LÄMMLI, S. 300.

³⁴⁸ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 32; Urteil Weber c. Schweiz, EuGRZ 1990, S. 265 ff.; zum Rückzug des Vorbehalts siehe AS 2002, S. 1142.

141 Ein Teil der schweizerischen Lehre war noch bis vor kurzem der Ansicht, dass es dem Beschuldigten im Strafbefehlsverfahren möglich sein sollte, durch Unterlassen der Einsprache auf eine öffentliche Urteilsverkündung zu verzichten, ohne dabei das öffentliche Interesse zu verletzen. Daraus wurde der Schluss gezogen, es bestehe weder die Pflicht noch das Recht, nach Ablauf der Einsprachefrist Strafbefehle zur Einsichtnahme aufzulegen.³⁴⁹ Die heutige Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz geht jedoch davon aus, dass der Beschuldigte ganz generell nicht auf die Urteilsöffentlichkeit verzichten kann, da ihm diese gar nicht zur Disposition steht.³⁵⁰ Zudem geht die Ansicht heute dahin, dass, nicht zuletzt aufgrund der fehlenden Verhandlungsöffentlichkeit im Strafbefehlsverfahren, wenigstens die Urteilsöffentlichkeit durchgesetzt werden müsse, zumal dies praktisch mühelos durchführbar sei.³⁵¹ Die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung verlangt gemäss Praxis des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK nämlich nicht nach einer Verlesung des Urteils in einer öffentlichen Gerichtssitzung. Es muss lediglich sichergestellt werden, dass die Öffentlichkeit vom Urteil Kenntnis erlangt.³⁵² Und so genügt es denn auch, wenn die Behörde einem Interessierten auf Verlangen Einsicht in einen Strafbefehl gewährt.³⁵³ Das schweizerische Recht hat diese Praxis in Art. 69 Abs. 2 chStPO verankert, wobei grundsätzlich jede Person zur Einsicht in einen Strafbefehl befugt ist, demnach nicht nur diejenige, welche ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht.³⁵⁴ Im Kanton

³⁴⁹ So bspw. noch Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 9.

³⁵⁰ BGE 124 IV 234; RIKLIN, FS-Bolle, S. 119; WIPRÄCHTIGER, S. 42; DONATSCH, FS-Rehberg, S. 130; zum Verzicht eingehend hinten N 444 ff.

³⁵¹ RIKLIN, Strafbefehl, S. 773; ausführlich zur aktuellen Rechtsprechung DERS., FS-Bolle, S. 117 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 159 m.H. auf den Beschwerdeentscheid der Justizdirektion vom 25. März 1993, in NZZ vom 5. April 1993 bezüglich des Anspruchs eines Journalisten auf Aushändigung eines Strafbefehls; BGE 124 IV 234 im Zusammenhang mit dem Begehren eines Anzeigerstatters um Einsicht; bestätigt in BGer 6B_508/2007/bri vom 18. Februar 2008, ebenfalls bezüglich eines Anzeigerstatters.

³⁵² HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 198 f. m.H. auf die Rechtsprechung; zur effektiven Praxis in den verschiedenen Kantonen siehe die Ergebnisse einer von *Riklin* im November/Dezember 2005 durchgeführten Recherche (FS-Bolle, S. 121).

³⁵³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 8; BGE 124 IV 237 E. 3; siehe die zürcherische Praxis in Ziff. 48.14 WBA, wonach Anfragen betreffend Einsicht in oder Auskunft über Strafbefehle durch Dritte, sofern nicht berechnete schützenswerte private oder öffentliche Interessen entgegenstehen und ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird, stattzugeben sind, ein Anspruch auf Zustellung einer Kopie aber nicht bestehe; dazu auch § 22 Akteneinsichtsverordnung der Gerichte, LS 211.15.

³⁵⁴ SCHMID, Handbuch, N 270; Botschaft E StPO, S. 1152; gemäss HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 198, würde das Erfordernis berechtigter Interessen gegen Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK verstossen; so aber Ziff. 48.14 WBA «[...] berechtigtes Interesse glaubhaft

Zürich wurde ein Einsichtsrecht bereits 2001 in der Akteneinsichtsverordnung der obersten Gerichte zumindest für zugelassene Gerichtsberichterstatter ausdrücklich geregelt.³⁵⁵

Das deutsche Recht sieht eine solche Urteilsöffentlichkeit im Strafbefehlsverfahren demgegenüber nicht vor.³⁵⁶ § 169 Abs. 1 und § 173 Abs. 1 dGVG, welche die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung grundsätzlich vorsehen, beziehen sich, systematisch betrachtet, nur auf die Hauptverhandlung.³⁵⁷ Strafbefehle werden somit in Deutschland nicht nur unter Ausschluss der Öffentlichkeit erlassen, sie sind für die Öffentlichkeit auch nicht einsehbar. 142

e) Fazit

Bei der fehlenden Verfahrensöffentlichkeit handelt es sich um ein strukturelles Garantiedefizit des Strafbefehlsverfahrens. Während die Urteilsöffentlichkeit, wie die Entwicklung in der Schweiz zeigt, bis zu einem gewissen Grad auch im Strafbefehlsverfahren verwirklicht werden kann, ist dies bei der Verhandlungsöffentlichkeit nicht möglich, ohne dass das Strafbefehlsverfahren als Ganzes in Frage gestellt würde. Zwar wird das Öffentlichkeitsprinzip heute auch im Normalverfahren durch gegenläufige Interessen relativiert, jedoch gilt der Ausschluss der Öffentlichkeit stets als begründungspflichtige Ausnahme. Diese Ausnahmen sind auf eine gesamte Verfahrensart wie das Strafbefehlsverfahren nicht anwendbar und vermögen den Ausschluss der Öffentlichkeit generell und allein für das Strafbefehlsverfahren nicht zu rechtfertigen. 143

1.2.2 Unmittelbarkeitsprinzip

a) Grundsatz

Das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme stammt ebenfalls aus der Reformgesetzgebung des 19. Jahrhunderts und beruht auf der Idealvorstellung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, in welchem die persönliche Wahrnehmung von Aussagen des Angeklagten und sämtlicher Beweispersonen durch den urteilenden Richter garantiert ist.³⁵⁸ Allgemein verlangt der Grundsatz der Unmittelbarkeit, dass der Richter den entscheidungsrelevanten Sachverhalt in einer Beweisaufnahme anlässlich einer Hauptverhandlung selbst und eigenverantwort- 144

gemacht [...]»); RIKLIN, FS-Bolle, S. 122, fordert diesbezüglich detailliertere Vorschriften.

³⁵⁵ So in § 16 der Verordnung über die Information über Gerichtsverfahren und die Akteneinsicht bei Gerichten durch Dritte vom 16. März 2001 (LS 211.15).

³⁵⁶ L/R-GÖSSEL § 409 N 41 ff., 43.

³⁵⁷ Zur Systematik auch ROXIN/SCHÜNEMANN, § 16 N 2.

³⁵⁸ Zur Entstehung HAUSER, ZStrR 1981, S. 172; zur Bedeutung der Unmittelbarkeit im Einzelnen ROXIN/SCHÜNEMANN, § 46 N 2 ff.; SCHMID, Handbuch, N 286 ff.

lich feststellt (formelle Unmittelbarkeit). Darüber hinaus wird eine bestimmte Qualität der richterlichen Überzeugungsbildung verlangt. Dabei sollten nur solche Beweismittel benutzt werden, die den Tathergang direkt belegen (materielle Unmittelbarkeit).³⁵⁹

- 145 Bei einer mittelbaren Beweisaufnahme muss sich der Richter mit der Information aus zweiter Hand begnügen, was leicht zu verfälschter Wahrnehmung und im schlimmsten Fall zu einer Verzerrung der materiellen Wahrheit durch «mitgeschleppte»³⁶⁰ Fehler oder falsch berücksichtigte Aspekte führen kann. Aber auch die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung birgt Nachteile. So können komplexe Fälle mit vielen Beteiligten unverhältnismässig lange dauern und Verfahren können durch übermässige Beweisanträge verzögert werden. Auch führen Wiederholungen und Doppelspurigkeiten zu einem enormen Verbrauch von Ressourcen. Dazu kommt, dass das Erinnerungsvermögen von Aussagenden mit der Zeit nachlässt und deren unmittelbare Wahrnehmung somit keine erhöhte Richtigkeit mehr bietet.³⁶¹
- 146 Weder EMRK noch IPBPR fordern ausdrücklich eine unmittelbare Beweisabnahme vor dem urteilenden Gericht.³⁶² Auch in der schweizerischen Bundesverfassung und dem deutschen Grundgesetz findet sich keine solche Regelung. Allerdings liegt es nahe, im Grundsatz der Öffentlichkeit auch das Erfordernis der Unmittelbarkeit zu sehen. Das schweizerische Bundesgericht hat dies jedoch bisher verneint, einen gewissen Grad an Unmittelbarkeit aber unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes des fairen Verfahrens als unumgänglich erachtet.³⁶³ In Deutschland ist die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung in § 250 dStPO gesetzlich verankert.

b) Geltung im Normalverfahren

- 147 Die **zürcherische**, erstinstanzliche Hauptverhandlung funktioniert, mit Ausnahme des geschworenengerichtlichen Verfahrens,³⁶⁴ nach dem Prinzip der *Mittel-*

³⁵⁹ Zur Begriffsbestimmung siehe KRAUSS, recht 1986, S. 73, zu den Zielvorstellungen des Prinzips und zum Verhältnis zwischen Unmittelbarkeit und Wahrheitsfindung S. 76 ff.; HAUSER, ZStrR 1981, S. 172 f. zu den Vorzügen und Nachteilen der Unmittelbarkeit.

³⁶⁰ SCHMID, Strafprozessrecht, N 191.

³⁶¹ SCHMID, Handbuch, N 296 ff.; zur Verblässigungstendenz und zum Gegenstück der Anreicherungs- oder Dramatisierungstendenz eingehend BENDER/NACK/TREUER, N 123 ff. (allgemein), N 985 (für die Vernehmung im Strafverfahren).

³⁶² Botschaft E StPO, S. 1283; Goldschmid/Maurer/Sollberger-REUSSER, S. 336.

³⁶³ BGE 104 Ia 315; BGE 105 Ia 397; BGE 113 Ia 412; BGE 125 I 127; PIETH, Grundriss, S. 43; SCHMID, Handbuch, N 303.

³⁶⁴ § 198 ff. zhStPO.

barkeit.³⁶⁵ Der Richter fällt das Urteil gemäss § 284 zhStPO nach seiner freien, aus der Hauptverhandlung und den Untersuchungsakten geschöpften Überzeugung. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Akten bereits im Vorverfahren auf einen Stand gebracht werden, der es dem Gericht erlaubt, ein Urteil ohne zusätzliche Beweiserhebungen zu fällen. Somit werden in der Hauptverhandlung lediglich in Ausnahmefällen Beweise erneut oder erstmals erhoben.³⁶⁶ Da unmittelbare Beweiserhebungen innerhalb der Hauptverhandlung aber grundsätzlich zulässig sind, wird im Hinblick auf eine solche Regelung bisweilen auch von einer *fakultativen* Unmittelbarkeit gesprochen.³⁶⁷

In Richtung verstärkte, aber noch immer *beschränkte* Unmittelbarkeit geht das **schweizerische** Recht in Art. 343 chStPO.³⁶⁸ Danach erhebt das Gericht immerhin dann ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals, wenn die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint. Diese unmittelbare Beweisabnahme scheint jedenfalls für die entscheidenden Beweismittel zu bestrittenen Anklagepunkten und zu Fragen der Schuld und Strafzumessung als zwingend angesehen zu werden.³⁶⁹ 148

Das **deutsche** Recht folgt demgegenüber nach § 250 dStPO dem *strikten* Unmittelbarkeitsprinzip.³⁷⁰ Der Inhalt der Akten ist als Urteilsgrundlage im Grundsatz ausgeschlossen. Der erkennende Richter soll sich von den Beteiligten und den Beweismitteln einen persönlichen Eindruck machen und aufgrund eigener, sinnlicher Wahrnehmung über den Prozessinhalt entscheiden.³⁷¹ Dazu zählt auch, dass der Richter den Angeschuldigten selbst vernimmt. Diese formelle Komponente regelt die Art der Beweisaufnahme. Die materielle Seite der Unmittelbarkeit bestimmt, welches von mehreren Beweismitteln den bestmöglichen Beweis darstellt. Dabei steht der Originalbeweis grundsätzlich vor dem Urkundenbeweis.³⁷² Die notwendigerweise doppelte Beweisführung kann in Deutschland zu komplizierten und langwierigen Prozessen führen. Um Beweisverluste 149

³⁶⁵ SCHMID, Strafprozessrecht, N 196; zur Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung in der Schweiz siehe KRAUSS, recht 1987, S. 42 ff., mit Verweis auf die unterschiedliche Bedeutung der Hauptverhandlung in den verschiedenen Kantonen; ähnlich HAUSER, ZStrR 1981, S. 168 ff.; die Mittelbarkeit gilt ebenso nach § 278 zhStPO für die erstinstanzliche Hauptverhandlung vor Obergericht.

³⁶⁶ Nach SCHMID, Strafprozessrecht, N 197, in bestimmten Fällen aber erforderlich.

³⁶⁷ Bspw. KRAUSS, recht 1987, S. 45; den Begriff für das schweizerische Recht verwendend PIETH, Grundriss, S. 44; GRISEBACH, S. 23: «zweckmässige Unmittelbarkeit».

³⁶⁸ Zur Entstehungsgeschichte des Art. 343 chStPO bei Goldschmid/Maurer/Sollberger-REUSSER, S. 336 f.; PIETH, Grundriss, S. 44; SCHMID, Handbuch, N 1329; aus deutscher Sicht KRAUSS, Anmerkungen, S. 27.

³⁶⁹ SCHMID, Handbuch, N 1330.

³⁷⁰ Im Zusammenhang mit der Überzeugungsbildung eingehend hinten N 217 ff.

³⁷¹ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 46 N 6 ff.

³⁷² ROXIN/SCHÜNEMANN, § 46 N 4.

durch Verzögerung zu verhindern und aus Gründen der Praktikabilität sehen die §§ 251 und 253 ff. dStPO deshalb Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz vor. Danach können unter bestimmten Voraussetzungen erneute Befragungen von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten durch Protokollverlesungen der getätigten Aussagen ersetzt werden (§ 251 und 253 dStPO). § 254 dStPO erlaubt zudem die Verlesung eines Geständnisprotokolls des Beschuldigten. Diese Verlesungen werden nur zum Zwecke des Urkundenbeweises durchgeführt. Durch das Verlesen eines früheren richterlichen Protokolls, welches das Geständnis des Beschuldigten enthält, wird also nur bewiesen, dass dieser im damaligen Zeitpunkt ein Geständnis mit bestimmtem Inhalt abgelegt hat.³⁷³ § 256 dStPO regelt den Ersatz von Befragungen von Behördenmitgliedern durch schriftliche Erklärung.

c) Unmittelbarkeit im Strafbefehlsverfahren

- 150 Durch die fehlende Hauptverhandlung fällt im Strafbefehlsverfahren auch die unmittelbare Beweisaufnahme dahin. Sowohl im schweizerischen als auch im deutschen Strafbefehlsverfahren entscheidet die Behörde aufgrund der Akten – also *mittelbar*. Zwar erlässt der schweizerische Staatsanwalt den Strafbefehl grundsätzlich auf der Basis seiner eigenen Untersuchung, aber auch er kann sich, ohne eigene Wahrnehmung, direkt auf die Akten des polizeilichen Ermittlungsverfahrens stützen, wenn die Sache seiner Meinung nach bereits genügend aufgeklärt ist. Auch der deutsche Strafrichter kann nach Eingang des Strafbefehlsantrags weitere Ermittlungen anstellen, wenn er dies für notwendig erachtet. Jedoch darf diesen Ermittlungen nur ergänzende Funktion zukommen.³⁷⁴ Somit urteilt der deutsche Richter grundsätzlich mittelbar auf der schriftlichen Erkenntnisgrundlage der Staatsanwaltschaft. Letztendlich wäre aber auch im Strafbefehlsverfahren der Begriff der *fakultativen* Unmittelbarkeit zutreffend, da sowohl der schweizerische Staatsanwalt als auch der deutsche Richter die *Möglichkeit* haben, Beweise selbst zu erheben.

d) Fazit

- 151 Im Hinblick auf das Unmittelbarkeitsprinzip besteht nur für das deutsche Recht eine deutliche Abweichung vom Normalverfahren. In der Schweiz ist diese marginal, da sowohl der Richter im Normalverfahren als auch der entscheidende Staatsanwalt im Strafbefehlsverfahren die Möglichkeit und unter Umständen die Pflicht haben, einzelne Beweise unmittelbar selbst wahrzunehmen. Zwar hat auch der deutsche Strafbefehlsrichter die Möglichkeit, unmittelbar Ermittlungen vorzunehmen. Jedoch unterscheidet sich diese Möglichkeit wesentlich von der

³⁷³ Zum Ganzen statt vieler ROXIN/SCHÜNEMANN, § 46 N 20.

³⁷⁴ Eingehend zur Ermittlungstätigkeit des Richters nach Eingang des Strafbefehlsantrags MÜLLER, S. 66 f.

Pflicht des Richters zur unmittelbaren Beweisabnahme in der Hauptverhandlung des Normalverfahrens. Bei der Unmittelbarkeit stehen die Wahrheitserforschung und die Überzeugungsfindung des Richters – und damit Ermittlungsgrundsatz und Unschuldsvermutung – im Vordergrund. Diesbezüglich ist im Rahmen der Diskussion über die Strafbefehlsgrundlage nachfolgend weiter zu prüfen, inwieweit die Prinzipien der materiellen Wahrheit und der Unschuldsvermutung im Strafbefehlsverfahren überhaupt nach der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verlangen. Dabei wird zu prüfen sein, inwieweit die Anforderungen im Normalverfahren die Mindestgarantien übersteigen und damit Raum für eine problemlose Abweichung innerhalb des Strafbefehlsverfahrens lassen.³⁷⁵

1.2.3 Mündlichkeitsprinzip

a) Grundsatz

Nach dem Prinzip der Mündlichkeit soll der Prozesstoff in der Verhandlung vollständig angesprochen werden, was in erster Linie der besseren Nachvollziehbarkeit durch das Gericht und die Verfahrensbeteiligten dient.³⁷⁶ Dies bezieht sich nicht nur auf die Beweisabnahme, sondern auch auf die mündliche Befragung des Angeklagten und die mündlichen Parteivorträge.³⁷⁷ Als nachteilig wird das mündliche Verfahren aber dann angesehen, wenn es sich um komplexe Sachverhalte handelt, die durch das gesprochene Wort allein nicht richtig erfasst werden können.³⁷⁸

b) Geltung im Normalverfahren

Während das Verfahren vor dem zürcherischen Geschworenengericht auf reiner Mündlichkeit beruht und das Strafbefehlsverfahren ein rein schriftliches Verfahren darstellt, ist das **schweizerische** Normalverfahren (verknüpft mit den Prinzipien der Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit)³⁷⁹ von einer Mischform aus Schriftlichkeit und Mündlichkeit beherrscht. Dabei stehen unter dem Gesichtspunkt der Mündlichkeit die Befragung des Angeklagten und die Parteivorträge im Vorder-

³⁷⁵ Siehe hinten N 213 ff.

³⁷⁶ Zur Mündlichkeit als Medium zwischen Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit RÖNNAU, S. 170; SCHMID, Strafprozessrecht, N 201.

³⁷⁷ Zur Form der Einlassung des Angeklagten in der Hauptverhandlung (§ 243 Abs. 4 S. 2 dStPO) siehe DENCKER, FS-Fezer, S. 115 ff. mit dem Ergebnis, dass dem Angeklagten die Form grundsätzlich freistehe, bei der Wahl einer anderen als der mündlichen Rede die Beweiskraft aber nur jener eines Sachvortrags des Verteidigers entspreche (S. 134).

³⁷⁸ SCHMID, Strafprozessrecht, N 201.

³⁷⁹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 204.

grund.³⁸⁰ Das schweizerische Recht sieht die Mündlichkeit des Verfahrens gemäss Art. 66 chStPO als Regel vor und statuiert die Ausnahmen im Gesetz.

- 154 Auch das **deutsche** Recht sieht vereinzelt von der Mündlichkeit des Verfahrens ab. So erlaubt § 249 Abs. 2 dStPO seit dem Jahre 1979, dass unter gewissen Umständen im Beweisverfahren auf die Verlesung von Schriftstücken verzichtet werden kann – stattdessen werden diese von Richtern und Schöffen gelesen. Den Verfahrensbeteiligten muss die Gelegenheit zur Lektüre gewährt werden.³⁸¹

c) Mündlichkeit im Strafbefehlsverfahren

- 155 Da es im Strafbefehlsverfahren nicht zu einer Hauptverhandlung kommt, beruht das Verfahren, als sogenannter Aktenprozess, auf dem Grundsatz der reinen Schriftlichkeit. Es finden weder mündliche Befragungen noch Parteivorträge statt.

d) Fazit

- 156 Unabhängig von der fehlenden Öffentlichkeit und der fehlenden Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme erleidet das Strafbefehlsverfahren durch das Fehlen von Parteivorträgen und der mündlichen Befragung des Beschuldigten ein wesentliches Defizit. Auch dies ist ein strukturelles Problem der fehlenden Hauptverhandlung und gilt in den untersuchten Strafprozessordnungen ausnahmslos. Blickt man aber auf die eigentlichen Vorzüge der Mündlichkeit, namentlich die Nachvollziehbarkeit der Prozessmaterie, die Kommunikation zwischen den Beteiligten und den unmittelbaren Eindruck, den sich das Gericht vom Beschuldigten machen kann, so könnte dieses Defizit eventuell durch eine mündliche Beteiligung des Beschuldigten im Strafbefehlsverfahren ausgeglichen werden.³⁸²

1.3 Zusammenfassung

- 157 Zusammengefasst kann das Defizit der fehlenden **Urteilsöffentlichkeit** als behebbar angesehen werden, während das Defizit der fehlenden **Verhandlungsöffentlichkeit** im Sinne eines strukturellen Garantiedefizits nicht behoben werden kann. Da der Kontrollfunktion der Publikums- und Presseöffentlichkeit, wie die schweizerische Lösung zeigt, mit der Einsehbarkeit des Strafbefehls bis zu

³⁸⁰ SCHMID, Handbuch, N 309 m.w.H.

³⁸¹ Zum Selbstleseverfahren KK-DIEMER, § 249 N 31 ff.; kritisch PETERS, Strafprozess, S. 324 mit dem Hinweis, dass sich diese Bestimmung nicht dadurch rechtfertigen lasse, dass Verlesungen langweilig und zeitraubend sein können; ROXIN/SCHÜNE-MANN, § 28 N 7 sehen darin auch die Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips, was aber deshalb fraglich erscheint, weil die Urkunde an sich schon ein mittelbares Beweismittel darstellt.

³⁸² Siehe hinten N 530 ff.

einem gewissen Grad Genüge getan werden kann,³⁸³ wäre eine solche auch für das deutsche Recht zu erwägen.

Während sowohl nach zürcherischem als auch nach schweizerischem Recht die Abweichung zum Normalverfahren im Zusammenhang mit der **Unmittelbarkeit** höchstens marginal ist, erscheint das strukturelle Garantiedefizit der fehlenden (strikten) Unmittelbarkeit im deutschen Strafbefehlsverfahren erheblich. Nachfolgend ist aber zunächst weiter zu prüfen, ob es der Unmittelbarkeit im Strafbefehlsverfahren für die Gewährung der Minimalgarantien nach deutschem Recht überhaupt bedarf.³⁸⁴ 158

Durch das gänzliche Fehlen von Parteivorträgen und Befragungen der Beteiligten erleidet das Strafbefehlsverfahren auch in Bezug auf die **Mündlichkeit** ein strukturelles Garantiedefizit. Ob die fehlenden Vorzüge der mündlichen Hauptverhandlung durch eine mündliche Beteiligung des Beschuldigten im Strafbefehlsverfahren ausgeglichen werden könnten, wird zu prüfen sein. 159

2. Qualität des Vorverfahrens

2.1 Grundsätzliche Überlegungen

2.1.1 Bedeutung des Vorverfahrens für das Strafbefehlsverfahren

Die Einleitung des Strafbefehlsverfahrens stellt eine Möglichkeit der Beendigung des Vorverfahrens dar.³⁸⁵ Grundlegende Frage für die vorliegende Abhandlung ist demnach jene nach dem Einfluss eines erwarteten Strafbefehls auf das Vorverfahren. Ändert sich der Ablauf des Vorverfahrens, je nach dem ob mutmasslich ein Normal- oder ein Strafbefehlsverfahren folgen wird, stellt sich konsequenterweise die Frage nach der effektiven Wahlfreiheit des Beschuldigten beim Verzicht auf eine Hauptverhandlung.³⁸⁶ Diese wäre jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn im Vorverfahren vor einem Strafbefehlserlass Verfahrensrechte umgangen würden, welche durch ein allfälliges Einspracheverfahren nicht mehr nachgeholt werden könnten.³⁸⁷ Im Folgenden ist deshalb zu untersuchen, ob sich das Vorverfahren bei erwartetem Strafbefehl vom Vorverfahren bei erwarteter Anklageerhebung unterscheidet. 160

³⁸³ Siehe dazu auch WIPRÄCHTIGER, S. 38 ff.

³⁸⁴ Siehe hinten N 213 ff.

³⁸⁵ Zur verfahrensbeendenden Wirkung des Strafbefehlserlasses siehe WALK, S. 107.

³⁸⁶ Siehe hinten N 458 ff.

³⁸⁷ Siehe dazu bereits MORSCHER, S. 195 m.H. auf eine *dissenting opinion* im EGMR-Urteil *Hennings c. Deutschland* vom 16. Dezember 1992, im Zusammenhang mit dem deutschen Strafbefehlsverfahren.

- 161 Hinzu kommt, dass das Geständnis im Kanton Zürich, als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens, eine Schlüsselstellung einnimmt.³⁸⁸ Die Einvernahme des Beschuldigten im Vorverfahren steht im zürcherischen Recht somit im Mittelpunkt. Aber auch unabhängig von einer Geständnisvoraussetzung tritt das Vorverfahren durch den Wegfall des Hauptverfahrens verstärkt in den Vordergrund, stellt dessen Ergebnis doch in der Regel die alleinige Erkenntnisgrundlage für den Strafbefehl dar.³⁸⁹ Damit wird die Frage nach der Form der Gehörsgewährung im Vorverfahren zentral.
- 162 Für ein besseres Verständnis der Problematik folgt vorab ein kurzer Überblick über die Ausgestaltung der Strafverfolgung in den untersuchten Strafprozessordnungen.

2.1.2 Strafverfolgungsmodell

- 163 Die **zürcherische** Regelung folgt seit der Justizreform von 2003 dem *Staatsanwaltschaftsmodell*.³⁹⁰ Bezeichnend für dieses Strafverfolgungsmodell und zugleich grösster Unterschied zu allen anderen Modellen ist der Verzicht auf das Institut des Untersuchungsrichters.³⁹¹ Die Staatsanwaltschaft ist Leiterin des Vorverfahrens und damit Ermittlungsleiterin, Strafverfolgerin und schliesslich auch Strafbefehlsbehörde und Vertreterin der Anklage in der Hauptverhandlung. Durch die ungeteilte Kompetenz der Staatsanwaltschaft gilt das Verfahren als eingliedrig. Dies obschon es in ein polizeiliches Ermittlungsverfahren und ein staatsanwaltschaftliches Untersuchungsverfahren aufgeteilt wird.³⁹² Seit der Reform muss eine solche Untersuchung bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen gemäss § 22 Abs. 4 zhStPO mittels staatsanwaltschaftlicher Verfügung eröffnet werden.³⁹³

³⁸⁸ Siehe hinten N 479 ff.

³⁸⁹ So auch in BT-Drs. 12/1217, S. 43: «Bei positiver Entscheidung muss der Richter nicht nur den hinreichenden Tatverdacht feststellen, sondern vielmehr von der Täterschaft und Schuld überzeugt sein. Dies setzt eine entsprechende Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaft voraus.»

³⁹⁰ Zur Umgestaltung der Untersuchungs- und Anklagebehörden durch die Justizreform 2003 DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 4 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 314 f.

³⁹¹ Die unterschiedlichen Formen der Strafverfolgung lassen sich grob in vier Modelle aufteilen, Botschaft E StPO, S. 1104 f.; ähnlich HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 7 ff.

³⁹² Zur genauen Unterscheidung zwischen den ein- und zweigliedrigen Vorverfahren siehe HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 4 ff.

³⁹³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 782, 785 betont die rein deklaratorische Wirkung dieser Untersuchungseröffnung; so für sämtliche kantonale Regelungen auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 76 N 5; **a.A.** HÜRLIMANN, S. 165 f.; siehe dazu hinten N 168 ff.

Auch die Ausgestaltung des **schweizerischen** Strafverfahrensrechts beruht auf diesem Modell.³⁹⁴ Während sich die Expertenkommission noch für eine Organisation unter Einbezug des Untersuchungsrichters ausgesprochen hatte, schlug der Bundesrat nach Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens das *Staatsanwaltschaftsmodell* vor.³⁹⁵ Dadurch sollte eine Effizienzsteigerung durch Vermeidung von Doppelspurigkeiten unter Wahrung der individuellen Interessen durch frühzeitig einsetzende Verteidigungsrechte und die Schaffung von Zwangsmassnahmegerichten erreicht werden. Ferner folge diese Wahl der momentanen Tendenz der kantonalen Gesetzesreformen sowie derjenigen der Nachbarländer, insbesondere Deutschlands.³⁹⁶ Das schweizerische Vorverfahren entspricht im Wesentlichen dem zürcherischen. So wird es ebenfalls in ein polizeiliches Ermittlungsverfahren und ein staatsanwaltschaftliches Untersuchungsverfahren aufgeteilt.³⁹⁷ Namentlich muss bei Vorliegen der Voraussetzungen auch hier gemäss Art. 309 chStPO die Untersuchung per Verfügung eröffnet werden.

In **Deutschland** gilt bereits seit dem StVÄG 1974 ein eingliedriges Vorverfahren, in welchem die Staatsanwaltschaft das Verfahren leitet.³⁹⁸ Allerdings ist die Eingliedrigkeit nach deutschem Recht wörtlich zu nehmen, da es nicht wie in der Schweiz in ein Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren unterteilt wird. Im Ausnahmefall führt der Staatsanwalt die Ermittlungen selbst, normalerweise beaufsichtigt er jedoch lediglich die Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei. Sind die Ermittlungen abgeschlossen, vermerkt der Staatsanwalt den Abschluss der Ermittlungen gemäss § 169a dStPO in den Akten, sobald er die öffentliche Klage erwägt. Bieten die Ermittlungsergebnisse nach Abschluss des Vorverfahrens einen «genügenden Anlass» im Sinne von § 170 Abs. 1 dStPO, liegt also unter anderem ein hinreichender Tatverdacht vor, so erhebt der Staatsanwalt die Klage durch Einreichung einer Anklageschrift oder eines Strafbefehlsantrags beim zuständigen Gericht.³⁹⁹

Die vorliegende Abhandlung beschränkt sich somit auf drei Strafprozessordnungen, welche ausnahmslos auf dem *Staatsanwaltschaftsmodell* beruhen. Dies bedeutet, dass die Ermittlungstätigkeit jeweils, wenn auch in unterschiedlichem Ausmasse, der Polizei überlassen wird. Diese wird dabei durch die Staatsanwaltschaft, wiederum in unterschiedlicher Intensität, überwacht.

³⁹⁴ Gemäss Art. 299 Abs. 1 chStPO besteht das Vorverfahren aus dem Ermittlungsverfahren der Polizei und der Untersuchung der Staatsanwaltschaft.

³⁹⁵ Zum Vorschlag der Expertenkommission siehe Aus 29 mach 1, S. 35 f.; zum Vorschlag des Bundesrates siehe Botschaft E StPO, S. 1105 ff.

³⁹⁶ Botschaft E StPO, S. 1109 f.; dazu aus deutscher Sicht KRAUSS, Anmerkungen, S. 20 ff.

³⁹⁷ PIETH, Grundriss, S. 168.

³⁹⁸ §§ 160 ff. dStPO.

³⁹⁹ § 407 Abs. 1 S. 4 dStPO; MEYER-GOSSNER, § 170 N 1.

2.2 Wirkung des erwarteten Strafbefehls auf das Vorverfahren

167 Für das Vorverfahren sind innerhalb der Regelungskomplexe des Strafbefehlsverfahrens in keiner der untersuchten Strafprozessordnungen Abweichungen vorgesehen. Allfällige Defizite müssten demnach aus der jeweiligen Ausgestaltung des Vorverfahrens hervorgehen. Insoweit kann bereits festgehalten werden, dass auch im Vorverfahren (jedenfalls zurzeit)⁴⁰⁰ keine grundlegenden Umgestaltungen bei erwartetem Strafbefehl vorgesehen sind. Damit bleibt es im Folgenden bei der Prüfung vereinzelter gesetzlicher Bestimmungen.

2.2.1 zhStPO

168 Im Kanton Zürich muss die Eröffnung der Untersuchung gemäss § 22 Abs. 4 zhStPO durch eine Verfügung angezeigt werden. Die Wirkung dieser Verfügung ist umstritten. Während die eine, wohl herrschende Meinung – der Praxis folgend – auf die rein deklaratorische Wirkung der Eröffnungsverfügung hinweist,⁴⁰¹ geht die Mindermeinung, gestützt auf den Zweck der Norm, von einem formellen Eröffnungsbegriff aus und sieht in der Eröffnung eine klare Zäsur zwischen Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren.⁴⁰² Allerdings sind die Ver-

⁴⁰⁰ Allerdings wurde in Zürich testweise ein «Schnellrichterverfahren» praktiziert. Dabei handelte es sich um Bezirksanwälte mit der Kompetenz, geständige Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Monaten zu bestrafen. Die Befragung des Beschuldigten übernahm der Untersuchungsbeamte selbst. Beschuldigte konnten unmittelbar nach der Tat durch Strafbefehl abgeurteilt werden. Zur Einführung dieses Verfahrens am 1. September 1999 siehe den Bericht der Justizkommission über ihre Tätigkeit vom Oktober 2000 bis September 2001 und über den Geschäftsbericht 2000 des Regierungsrates, S. 1565 f. («Dadurch wird der schnelle Abschluss eines Verfahrens innerhalb eines Tages möglich. Dieser Gewinn an Zeit sollte der Behandlung wichtiger Fälle und dem Abbau von Pendenzen zugute kommen.»). Das Verfahren wurde nach einem zweijährigen Testlauf 2001 zunächst als Schnellverfahren für Kleinkriminalität eingeführt, HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 87 N 15, inzwischen jedoch wieder abgeschafft.

⁴⁰¹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 76 N 5; SCHMID, Strafprozessrecht, N 782, 785; WBA Ziff. 31.6: «Die Eröffnungsverfügung soll gegenüber den Verfahrensbeteiligten klarstellen, dass nunmehr eine Strafuntersuchung läuft. Sie hat lediglich deklaratorische Bedeutung, und der Staatsanwalt kann schon vor Erlass der Eröffnungsverfügung rechtsgültig Untersuchungshandlungen wie Einvernahmen durchführen oder Zwangsmassnahmen anordnen. Nach erfolgter Untersuchungseröffnung sind Einvernahmen mit Verfahrensbeteiligten parteiöffentlich durchzuführen [...]»

⁴⁰² DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 8 m.H. auf den Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 4. April 2001, AB 2001, S. 574; HÜRLIMANN, S. 156 ff., weist auf den Anspruch des Beschuldigten auf «verfügungsförmiges Staatshandeln» hin.

fahrensrechte des Beschuldigten an die effektive Untersuchungshandlung geknüpft. So gehen die Vertreter der deklaratorischen Wirkung auch konsequenterweise davon aus, dass die Staatsanwaltschaft bereits vor der Eröffnung Einvernahmen durchführen kann, ohne dass diese ungültig würden.⁴⁰³ Unabhängig vom Wesen der Eröffnungsverfügung wird die Bestimmung aber von beiden Seiten dahingehend verstanden, dass immer dann auf die konstitutive bzw. deklaratorische Untersuchungseröffnung verzichtet werden könne, wenn ein Verfahren sofort mit einem Strafbefehl erledigt werden soll.⁴⁰⁴ Steht also nach Abschluss der polizeilichen Ermittlungen fest, dass die Strafsache bereits ausreichend geklärt ist, keine staatsanwaltschaftlichen Handlungen notwendig sind und die Strafsache im Strafbefehlsverfahren zu erledigen ist, so kann die Untersuchungseröffnung entfallen. Dies wird unter anderem damit erklärt, dass für das Strafbefehlsverfahren seit der Revision 1995 nur noch in bestimmten Fällen eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme verlangt wird.⁴⁰⁵ Die Durchführung einer Strafuntersuchung sei «in Anbetracht der Spezialität dieser Verfahrenserledigung» nicht zwingend.⁴⁰⁶ Dementsprechend sieht auch § 322 Abs. 1 zhStPO vor, dass nach Eingang einer Einsprache gegen den Strafbefehl «die zur Beurteilung der Einsprache notwendigen Beweise» abgenommen werden.⁴⁰⁷ Somit wird auch die Untersuchungseröffnung im Verfahren nach Einsprache nachgeholt werden müssen.

Somit wirkt sich der erwartete Strafbefehl also tatsächlich, je nach Interpretation des § 22 Abs. 4 zhStPO, materiell oder doch immerhin formell, auf das Vorverfahren aus. 169

Dass die Interpretation eines Verzichts auf Untersuchungseröffnung bei erwartetem Strafbefehl aber schon systematisch verfehlt ist, ist offensichtlich.⁴⁰⁸ Die Systemwidrigkeit allein vermag jedoch noch kein Defizit zu begründen. Letztendlich hängt die effektive Bedeutung des Verzichts auf eine Untersuchungseröffnung für die Beteiligten an der Wirkung der Eröffnungsverfügung. So sieht *Schmid* in einem solchen Verzicht keine Wirkung auf die Rechte und Pflichten der Beteiligten, da er die Eröffnungsverfügung ohnehin nur als deklaratorisch anerkennt und ihr keine weitere Bedeutung zumisst. Gemäss *Hürlimann* ist die 170

⁴⁰³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 785.

⁴⁰⁴ SCHMID, Strafprozessrecht, N 785, wonach sich dies zwar nicht aus dem Wortlaut, jedoch aus dem Sinn von § 22 zhStPO ergibt; dazu auch SCHWITTER, S. 120 m.w.H.

⁴⁰⁵ Siehe hinten N 316; HÜRLIMANN, S. 190 mit Hinweisen auf das Gesetz über die Angleichung des kantonalen Prozessrechts an übergeordnetes Recht und über die Rationalisierung der Rechtspflege vom 24. September 1995 (OS 53 271) sowie den Inkraftsetzungsbeschluss vom 15. November 1995 (OS 53 301).

⁴⁰⁶ HÜRLIMANN, S. 191; in diesem Zusammenhang gleicher Meinung. SCHMID, Strafprozessrecht, N 910; Donatsch/Schmid-DERS., § 317 N 12.

⁴⁰⁷ SCHMID, Strafprozessrecht, N 915a.

⁴⁰⁸ Dies wird indirekt selbst von HÜRLIMANN (S. 191) eingeräumt.

Wirkung der Verfügung aber konstitutiv und die Geltung von Rechten und Pflichten der Verfahrensbeteiligten knüpft an die formelle Eröffnung der Untersuchung. Nach dieser Ansicht führt ein solcher Verzicht bei erwartetem Strafbefehl demnach zu einer Beschränkung der Rechte der Verfahrensbeteiligten. In der Praxis scheint dieser Unterschied aber, wenigstens für den Beschuldigten,⁴⁰⁹ nicht von Bedeutung zu sein, da für diesen eine Eröffnungsverfügung dann keinen Unterschied macht, wenn ohnehin keine weiteren Handlungen notwendig sind und der Strafbefehl sofort erlassen wird. Ist für den erwarteten Strafbefehl dennoch eine Untersuchungshandlung erforderlich, dann kommt ein Verzicht – ebenfalls nach beiden Ansichten – gar nicht erst in Frage.

2.2.2 *chStPO*

- 171 Während bezüglich der Natur der Eröffnungsverfügung auch nach gesamtschweizerischem Recht in beide Richtungen argumentiert werden kann,⁴¹⁰ ist hier der Verzicht auf eine Untersuchungseröffnung im Unterschied zum zürcherischen Recht ausdrücklich geregelt. Gemäss Art. 309 Abs. 4 *chStPO* verzichtet die Staatsanwaltschaft auf die Eröffnung einer Untersuchung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt.⁴¹¹ Jedoch ist hierbei zu berücksichtigen, dass es sich bei der Untersuchungseröffnung nach schweizerischem Recht nur um eine amtsinterne Verfügung handelt, welche der Klarstellung in den Akten dient und lediglich festhält, gegen wen die Untersuchung eröffnet wird und welche Straftatbestände betroffen sind.⁴¹² Im Übrigen gilt auch hier, dass der Staatsanwalt nach Eingang einer Einsprache die weiteren Beweise abnimmt, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind (Art. 355 Abs. 1 *chStPO*).
- 172 Nach schweizerischem Recht kann also diesbezüglich nicht von einer Fehlinterpretation gesprochen werden. Im Übrigen erscheint hier der Verzicht auf die Verfügung an sich, zumindest für den Beschuldigten, um so deutlicher nicht als bedeutende Abweichung von einem ordentlichen Vorverfahren, da die Verfü-

⁴⁰⁹ Zur Wirkung dieses Verzichts auf die Rechte des Verletzten siehe aber hinten N 331.

⁴¹⁰ Siehe vorne N 168; entsprechend SCHMID, Handbuch, N 1227; **a.A.** ebenfalls entsprechend HÜRLIMANN, S. 167: «An der formellen Rechtsnatur der Verfahrenseinleitung ändert auch der Umstand nichts, dass der zukünftige Eröffnungsentscheid als amtsinterne Verfügung den Verfahrensparteien nicht eröffnet werden muss [...]»

⁴¹¹ SCHMID, Handbuch, N 1230; anschaulich dazu die Grafik bei Goldschmid/Maurer/Sollberger, im Anhang, S. 449.

⁴¹² Botschaft E StPO, S. 1264: «Die beschuldigte Person erfährt durch die Vornahme von Untersuchungshandlungen (Vorladungen usw.) von der Untersuchungseröffnung, so dass auf eine Mitteilung verzichtet werden kann.»; siehe auch VSKC-ALBERTINI, S. 547.

gung ohnehin nie eröffnet werden muss. Dennoch, der erwartete Strafbefehl wirkt sich hier ebenfalls, wenn auch nur geringfügig, auf das Vorverfahren aus.

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle bereits festzuhalten, dass das Akteneinsichtsrecht nicht (mehr) an den formalen Stand der Untersuchung geknüpft wird. Die Parteien können spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Abnahme der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten einsehen.⁴¹³ Was dies für den Verletzten im Strafbefehlsverfahren bedeutet, wird an geeigneter Stelle noch zu überprüfen sein.⁴¹⁴ 173

2.2.3 dStPO

Nach deutschem Recht setzt die Wirkung des Strafbefehlsverfahrens erst mit dem Strafbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft ein. Die vorangehende Ermittlungstätigkeit wird rechtlich von der Regelung des Strafbefehlsverfahrens nicht berührt und es wird ein Vorverfahren nach den üblichen Regeln, wie vor Erhebung der Anklage verlangt.⁴¹⁵ Die Staatsanwaltschaft muss den Sachverhalt nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens gemäss § 160 Abs. 1 dStPO dahingehend erforschen, ob die Erhebung der öffentlichen Klage angebracht ist.⁴¹⁶ Selbst wenn die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens klar zu erwarten ist, darf dies die Anforderungen an die Ermittlungen nicht herabsetzen.⁴¹⁷ 174

Unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie wird in der Lehre verschiedentlich gar ein erhöhtes Mass an Sorgfalt bei der Sachverhaltsermittlung zur Vermeidung unnötiger Einsprüche gefordert.⁴¹⁸ In den verwaltungsinternen Richtlinien wird der Staatsanwaltschaft zudem eine Abklärung der für die Rechtsfolgen wichtigen Umstände nahe gelegt, da diese nach § 409 Abs. 1 Nr. 6 dStPO bereits im Strafbefehlsantrag konkret beantragt werden müssen.⁴¹⁹ Insgesamt hat der erwartete Strafbefehl nach deutschem Recht keinen herabsetzenden Einfluss auf die Ausgestaltung des Vorverfahrens. 175

⁴¹³ Botschaft E StPO, S. 1161; ERNI, S. 240.

⁴¹⁴ Siehe hinten N 324 ff.

⁴¹⁵ Geregelt in den §§ 158 ff. dStPO; zur Anwendbarkeit dieser Bestimmungen vor einem Strafbefehlsverfahren ERBE, S. 162; MÜLLER, S. 57; SCHORN, S. 24; so wohl auch VIVELL, S. 71.

⁴¹⁶ MEYER-GOSSNER, § 160 N 11; MÜLLER, S. 58.

⁴¹⁷ MÜLLER, S. 58 (insb. Fn. 89).

⁴¹⁸ ERBE, S. 163; MÜLLER, S. 58; SCHORN, S. 25.

⁴¹⁹ So ausdrücklich in Nr. 14 f. RiStBV; MÜLLER, S. 58, spricht sich gar für eine diesbezüglichen Verpflichtung der Staatsanwaltschaft aus; so auch ERBE, S. 165; SCHORN, S. 24; VIVELL, S. 73.

2.2.4 Fazit

- 176 Während der erwartete Strafbefehl in Deutschland nach den gesetzlichen Bestimmungen keinen Einfluss auf das Vorverfahren hat, führt in der Schweiz der Verzicht auf die Untersuchungseröffnung zu einer Abweichung vom Vorverfahren vor Anklageerhebung. Auch wenn daraus für den Beschuldigten keine direkte Wirkung abgeleitet werden konnte, ist diese Verschiedenartigkeit bei der folgenden Prüfung der Vernehmung des Beschuldigten im Vorverfahren, gerade auch im Hinblick auf ein allfälliges Geständnis, im Auge zu behalten.

2.3 Vernehmung des Beschuldigten in Vorverfahren

2.3.1 zhStPO

- 177 Im Kanton Zürich gilt gemäss dem allgemeinen Ermittlungsauftrag in § 72a GVG, dass die Polizei im Ermittlungsverfahren Beschuldigte protokollarisch befragen kann.⁴²⁰ Auch nach Untersuchungseröffnung muss der Staatsanwalt die Einvernahme nicht selbst durchführen, sondern kann diese gemäss § 25 Abs. 2 zhStPO juristisch ausgebildeten Sekretären, bei der Staatsanwaltschaft angestellten Sachbearbeitern mit Untersuchungsbefugnissen und Polizeibeamten übertragen.⁴²¹ Als Kompensation gelten die für Einvernahmen durch Staatsanwälte massgebenden Rechte der Verfahrensbeteiligten. Gemäss § 160 zhStPO endet die Untersuchung üblicherweise mit einer Schlusseinvernahme, bei welcher dem Beschuldigten die endgültigen Vorwürfe nochmals zur Äusserung vorgehalten werden. Dabei handelt es sich indes um eine reine Ordnungsvorschrift.⁴²² Eine Einladung zur schriftlichen Äusserung ist nicht vorgesehen, womit Einvernahmen grundsätzlich mündlich durchzuführen sind.
- 178 Kommt nun ein Strafbefehl als Abschluss des Vorverfahrens in Betracht, tritt die soeben festgestellte Wirkung ein, dass keine Untersuchung eröffnet werden muss. Andererseits sieht § 317 Abs. 3 zhStPO aber vor, dass der Staatsanwalt den Beschuldigten einvernehmen muss, wenn eine unbedingte Freiheitsstrafe (bzw. ein Widerruf) im Raum steht. Dann ist selbst eine Delegation der Einvernahme nicht möglich. Ob die zwingende Einvernahme durch den Staatsanwalt im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung oder im Rahmen des eigentlichen Strafbefehlsverfahrens stattfindet, ist nicht feststellbar. Dies liegt an der fehlenden Zäsur zwischen Untersuchung und Abschluss des Verfahrens einerseits und der nach herrschender Ansicht rein deklaratorischen Wirkung der Untersuchungseröffnung anderer-

⁴²⁰ SCHMID, Strafprozessrecht, N 616.

⁴²¹ DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 23.

⁴²² SCHMID, Strafprozessrecht, N 571, 788.

seits. Klar ist die Wirkung des erwarteten Strafbefehls jedoch dann, wenn keine Freiheitsstrafe in Frage kommt. Dann genügt es, wenn die polizeilichen Ermittlungsakten und damit die polizeiliche Befragung des Beschuldigten eine zuverlässige Beurteilung zulassen.⁴²³

Dass im zürcherischen Strafbefehlsverfahren ein Geständnis vorausgesetzt wird, legt die Vermutung nahe, ein erwarteter Strafbefehl würde eine besondere Wirkung auf das Geständnis im Vorverfahren haben. Im zürcherischen Recht findet dieses nur in § 32a zhStPO Erwähnung. Danach kann in einfachen Fällen auf eine Wiederholung der ganzen Einvernahme verzichtet werden, wenn der Beschuldigte bei der Polizei ein zuverlässiges Geständnis abgelegt und nach Untersuchungseröffnung die Aussagen der polizeilichen Befragung bestätigt hat.⁴²⁴ Die polizeiliche Befragung erhält so Beweischarakter.⁴²⁵ Diese Bestimmung stellt auf einfache Fälle ab, hat aber bei erwartetem Strafbefehl dann keine Wirkung, wenn keine Untersuchung eröffnet wird. E contrario kann die polizeiliche Befragung in diesem Fall später nicht als Beweismittel verwendet werden. Allerdings sehen die Weisungen in Ziff. 48.2 für Fälle ohne zwingende staatsanwaltschaftliche Einvernahme vor, dass auf eine solche nur verzichtet werden darf, wenn der Beschuldigte in der protokollarischen polizeilichen Befragung den gesamten Sachverhalt als zutreffend anerkannt hat, sich das Aktengeständnis folglich auf alle Teile des in Frage stehenden Tatbestandes bezieht.⁴²⁶

2.3.2 chStPO

Gemäss Art. 311 Abs. 1 chStPO führt der Staatsanwalt in der Schweiz die Beweiserhebungen grundsätzlich selbst durch. Die Kantone bestimmen individuell, in welchem Umfang einzelne Untersuchungshandlungen an Mitarbeiter übertragen werden können. Einvernahmen im Besonderen können gemäss Art. 312 chStPO nach Untersuchungseröffnung an die Polizei delegiert werden. Die Beschuldigtenrechte müssen auch bei polizeilichen Einvernahmen voll gewährt werden (Art. 157 ff., Art. 312 Abs. 2 chStPO). Auch nach Art. 317 chStPO liegt die Durchführung einer Schlusseinvernahme im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Dazu kommt, dass die Strafbehörde gemäss Art. 145 chStPO den Beschuldigten einladen kann, an Stelle einer Einvernahme oder zur Ergänzung einen schriftlichen Bericht abzugeben. Diese Norm wurde aus Effizienzgründen für Fälle von Geschädigtenbefragungen bei Massendelikten eingeführt, aber nicht auf diese beschränkt.⁴²⁷

⁴²³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 910.

⁴²⁴ Zu dieser Bestimmung siehe auch hinten N 500.

⁴²⁵ Zum Ganzen Donatsch/Schmid-SCHMID, § 32a N 1 ff.

⁴²⁶ Dazu hinten N 479 ff.

⁴²⁷ Botschaft E StPO, S. 1186.

- 181 Da auch nach schweizerischem Recht bei erwartetem Strafbefehl keine Untersuchung eröffnet werden muss, bleibt es hier ebenfalls bei den polizeilichen Ermittlungsakten als Erkenntnisgrundlage. Unter Umständen ist es nach den gesetzlichen Bestimmungen also möglich, dass der Strafbefehl auf Polizeiakten und dabei eventuell auf einer schriftlichen Stellungnahme des Beschuldigten beruht.⁴²⁸ Für das schweizerische Recht kann festgehalten werden, dass der Staatsanwalt den Beschuldigten, im Gegensatz zum zürcherischen Recht, auch bei einer erwarteten Freiheitsstrafe nicht anhören muss. Eine solche Pflicht ist weder bei erwartetem Strafbefehl im Vorverfahren noch im Rahmen der Strafbefehlsregelungen selbst vorgesehen.⁴²⁹
- 182 Da das Geständnis nach dem Wortlaut der Strafbefehlsbestimmung auch nach schweizerischem Recht eine besondere Stellung einzunehmen scheint, liegt es auch hier nahe, diesbezüglich ein abweichendes Vorgehen zu erwarten. Generell gilt, dass zur Ermittlung des Sachverhaltes im Vorverfahren auch die Überprüfung des Geständnisses gehört.⁴³⁰ So stellt Art. 160 chStPO klar, dass der Sachverhalt auch dann weiter abzuklären ist, wenn die beschuldigte Person die gegen sie erhobenen Vorwürfe zugegeben hat. Der Wortlaut der Bestimmung schliesst in diese Pflicht nur Staatsanwaltschaft und Gerichte ein. Folgt man aber dem Zweck der Bestimmung, muss diese Überprüfungspflicht, wenn keine andere Einvernahme mehr erfolgt, auch für die Polizei gelten. Ziel der weiteren Erhebungen ist es nämlich, die Beweislage für den Fall eines Geständniswiderrufs zu sichern und falsche Geständnisse zu erkennen.⁴³¹ Letzteres muss im Hinblick auf den Ermittlungsgrundsatz ohnehin in jedem Strafverfahren gelten.⁴³²

2.3.3 dStPO

- 183 Wie bereits erkannt, hat der erwartete Strafbefehl nach deutschem Recht keine Wirkung auf das Vorverfahren. Der Beschuldigte muss gemäss § 163a Abs. 1 dStPO vor Abschluss der Ermittlungen mindestens einmal «verantwortlich vernommen» werden.⁴³³ Dies ist die Voraussetzung für den förmlichen Vermerk der Staatsanwaltschaft über den Abschluss der Ermittlungen, welcher gemäss § 407 Abs. 4 S. 1 i.V.m. Art. 169a Abs. 1 dStPO auch vor dem Strafbefehlsverfahren

⁴²⁸ Kritisch SCHMID, Handbuch, N 1354.

⁴²⁹ Siehe hinten N 317.

⁴³⁰ Botschaft E StPO, S. 1195; dazu hinten N 507.

⁴³¹ Botschaft E StPO, S. 1195.

⁴³² Dazu eingehend hinten N 524 ff.

⁴³³ KÜHNE, N 578; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 39 N 28, zumindest muss er die Möglichkeit zur Äusserung erhalten.

notwendig ist.⁴³⁴ In Deutschland wurde durch das Strafverfahrensänderungsgesetz von 1999 in § 163 Abs. 1 dStPO eine Ermittlungsgeneralklausel für die Polizei geschaffen.⁴³⁵ Diese ist seither im Rahmen des ersten Zugriffs *generell* ermächtigt, als Hilfsorgan all jene Ermittlungshandlungen selbständig vorzunehmen, die nicht dem Ermittlungsrichter vorbehalten sind.⁴³⁶ Die Polizei übernimmt damit den wesentlichen Teil der kriminalistischen Ermittlungen. Die Staatsanwaltschaft wird lediglich zur Beurteilungen juristischer Fragen beigezogen und im Normalfall erst durch den polizeilichen Abschlussbericht über die Ermittlungen informiert, wonach sie dann über Einstellung oder Anklage entscheidet.⁴³⁷ Zwar kann der Staatsanwalt den Beschuldigten jederzeit vernehmen. Da dies aber in seinem Ermessen liegt, bleibt es in der Praxis meist bei der polizeilichen Vernehmung.⁴³⁸ Nach der herrschenden Meinung im deutschen Recht ist dem Erfordernis des § 163a Abs. 1 S. 1 dStPO denn auch genügt, wenn der Beschuldigte durch die Polizei befragt wird. Der Beschuldigte hat keinen Anspruch auf die Vernehmung durch eine bestimmte Vernehmungsbehörde.⁴³⁹ Allerdings wird in der Lehre bisweilen eine zwingende staatsanwaltschaftliche Vernehmung gefordert,⁴⁴⁰ insbesondere in bedeutsamen Fällen.⁴⁴¹ Diese Frage braucht vorliegend nicht vertieft zu werden, da es sich im Strafbefehlsverfahren in der Regel nicht um «bedeutsame» Fälle handelt, bzw. handeln dürfte. Zudem kann auch in Deutschland die Gewährung des rechtlichen Gehörs in «einfachen Sachen» bereits durch eine Einladung zur schriftlichen Stellungnahme erfüllt sein.⁴⁴² Ob ein einfacher Fall vorliegt, ist gemäss Lehre eine nach den Umständen des Einzelfalles konkret zu beurteilende Ermessensfrage. Es muss sich dabei um einfach gelagerte Verfahren mit überschaubaren, leicht verständlichen Sachverhalten handeln.⁴⁴³ Bei Verbrechen ist die schriftliche Vernehmung unzuläs-

⁴³⁴ ESER, S. 661; MÜLLER, S. 59; zu diesem Abschlussvermerk, ROXIN/SCHÜNEMANN, § 39 N 34.

⁴³⁵ KÜHNE, N 367; MEYER-GOSSNER, § 163 N 1; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 39 N 23.

⁴³⁶ Bei klassischen Grundrechtseingriffen mit Richtervorbehalt ruft der Staatsanwalt den Richter an, sofern keine gesetzlichen Ausnahmen bestehen, KÜHNE, N 367.

⁴³⁷ Statt vieler KÜHNE, N 6.

⁴³⁸ ESER, S. 661.

⁴³⁹ Statt vieler MEYER-GOSSNER, § 163a N 2.

⁴⁴⁰ Bspw. WAGNER, S. 577; teilweise wird dies aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit staatlichen Handelns (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitet, so MALEIKA, S. 150 f.

⁴⁴¹ HEINZ, S. 272; KK-WACHE, § 163a N 6, § 160 N 2.

⁴⁴² Wörtlich § 163a Abs. 1 S. 2 dStPO und darauf verweisend § 136 Abs. 1 S. 4 dStPO.

⁴⁴³ KK-WACHE, § 163a N 10 ff.; MALEIKA, S. 14; siehe hinten N 418.

sig.⁴⁴⁴ Die früheren §§ 169a ff. dStPO a.F., die ein «Schlussgehör» verlangten, wurden 1974 aufgehoben.⁴⁴⁵

- 184 Für den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass die Vernehmung auch in Deutschland durch die Polizei durchgeführt werden kann und auch durchgeführt wird. Im Grunde genügt aber schon die entsprechende Vorladung. Der Beschuldigte wird dabei aufgefordert, zur Vernehmung zu erscheinen. Unterlässt er dies, wird angenommen, dass er sich nicht einlassen will. Da hier keine förmliche Zustellung verlangt wird, ist es aber auch möglich, dass der Beschuldigte die Aufforderung gar nicht erhalten hat.⁴⁴⁶ Auch die Voraussetzungen für die schriftliche Stellungnahme weisen eine gewisse (idealisierte) Übereinstimmung mit den Voraussetzungen für die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens auf, was in der Strafbefehlspraxis wohl nicht selten zu einer Beschränkung auf die Einladung zur schriftlichen Äusserung führen dürfte. Auch hier kann bereits vorweggenommen werden: Eine Anhörung durch die Staatsanwaltschaft vor Antragstellung bzw. durch den Strafbefehlsrichter ist nicht vorgesehen.⁴⁴⁷

2.3.4 Fazit

- 185 Eine (originär) polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten gilt in beiden Ländern als genügende Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass eines Strafbefehls.
- 186 Ferner sind die Anforderungen an die Vernehmung des Beschuldigten in beiden Ländern herabgesetzt. So werden gemäss deutscher und schweizerischer Strafprozessordnung Einladungen zu schriftlichen Stellungnahmen in exakt denjenigen Fällen als ausreichend angesehen, die auch dem Strafbefehlsverfahren zugänglich sind. Auch die Durchführung einer Schlusseinvernahme ist im Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens nicht vorgesehen. Jedoch stützen sich diese Abweichungen in erster Linie auf die Voraussetzung des *einfachen Sachverhalts* und nicht auf eine bestimmte Erledigungsart. Somit können sie nicht als strafbefehlsspezifische Abweichung angesehen werden.
- 187 Des Weiteren besteht zwar insbesondere im Kanton Zürich ein grosses Interesse daran, bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren ein vollständiges Geständnis zu erlangen, da ein solches für den Erlass des Strafbefehls vorausgesetzt wird. Jedoch dürfte ein Geständnis erfahrungsgemäss auch in anderen Verfahren primäres Ziel einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung sein. Eine strafbe-

⁴⁴⁴ KK-WACHE, § 163a N 11 m.w.H.

⁴⁴⁵ Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrens vom 9. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3393, 3533); zur Begründung vgl. BR-Drs. 208/72, S. 45 ff.

⁴⁴⁶ MALEIKA, S. 14, S. 160.

⁴⁴⁷ § 33 Abs. 3 dStPO i.V.m. § 407 Abs. 3 dStPO; dazu hinten N 318.

fehlspezifische Regelung in Bezug auf das Vorgehen bei einem Geständnis im Vorverfahren ist in beiden Ländern nicht vorgesehen.

2.4 Defizite

2.4.1 Ermittlungsgrundsatz

Eine sorgfältige Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen stellt die Grundlage 188 für ein gerechtes Urteil dar. Deshalb gilt die materielle Wahrheitsfindung in Form des Ermittlungsgrundsatzes als besonders wichtige Prozessmaxime.⁴⁴⁸ Gefordert wird ein bestmögliches Streben nach der historischen Wahrheit – im Rahmen des gesetzlich Zulässigen.⁴⁴⁹

Der erwartete Strafbefehl hat nach zürcherischem und schweizerischem Recht 189 insoweit einen tatsächlichen Einfluss auf das Vorverfahren, als dass keine Untersuchung eröffnet werden muss. Dies gilt aber nur, wenn die Staatsanwaltschaft nach Abschluss der Ermittlungen keine weiteren Handlungen für notwendig erachtet, sie den Sachverhalt also bereits für genügend geklärt hält. So ist es denn weitgehend unbestritten, dass der Sachverhalt, ungeachtet der Abweichungen, auch nach zürcherischem und schweizerischem Recht vollständig ermittelt werden muss, bevor ein Strafbefehl ergehen kann.⁴⁵⁰ Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzessystematik, nach welcher (bei Vereinbarkeit mit dem Zweck des Strafbefehlsverfahrens) die allgemeinen Vorschriften anzuwenden sind. Die Beschränkung auf das polizeiliche Ermittlungsverfahren allein bedeutet zwar noch keine Verletzung des Ermittlungsgrundsatzes. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass diese Beschränkung teilweise für die faktisch häufigen Fehlurteilungen durch Strafbefehl ursächlich sein dürfte.⁴⁵¹ Die Argumentation, man könne davon ausgehen, der Beschuldigte würde sich zur Wehr setzen, wenn der dem Strafbefehl zu Grunde liegende Sachverhalt nicht der Wahrheit entspreche, kann jedenfalls nicht gelten.⁴⁵² So zeigte die bereits einleitend erwähnte Studie

⁴⁴⁸ Zur Wahrheit im Strafverfahren siehe umfassend STAMP, als Ganzes; *Schweiz*: §§ 30 ff. zhStPO; Art. 139 Abs. 1 chStPO; *Deutschland*: § 244 Abs. 2 dStPO, § 155 Abs. 2 dStPO, § 160 Abs. 2 dStPO, § 202 dStPO.

⁴⁴⁹ Als Grenzen des Ermittlungsgrundsatzes gelten insbesondere die Beweisverbote, die Rechtskraft und das Beschleunigungsgebot.

⁴⁵⁰ ALTORFER, S. 2; DONATSCH/CAVEGN, S. 161 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 2; RIKLIN, GA 2006, S. 505; WANKE, S. 10; vgl. demgegenüber die Regelung im Kanton Bern bei MAURER, S. 413 (zu Art. 262 ff. beStrV).

⁴⁵¹ Zu den Fehlerquellen des Strafbefehlsverfahrens siehe PETERS, Fehlerquellen II, S. 297; eine Analyse des Fehlerurteils findet sich bei HIRSCHBERG, als Ganzes, beachtlich S. 17 ff., mit Beispielen für Fehlerurteile aufgrund unkritischer Bewertung des Geständnisses.

⁴⁵² So bspw. aber DONATSCH/CAVEGN, S. 161.

zu Fehlurteilen in der Schweiz, dass auch durchwegs falsche Strafbefehle aus Gleichgültigkeit, Unverständnis oder anderen Gründen nicht sofort vor ein ordentliches Gericht gezogen werden.⁴⁵³

- 190 Nach deutschem Recht ist unbestritten, dass auch für die Stellung eines Strafbefehlsantrags ein abgeschlossenes Vorverfahren und damit ein bis zum hinreichenden Tatverdacht ermittelter Sachverhalt erforderlich sind.⁴⁵⁴ Damit kann eine Verletzung des Ermittlungsgrundsatzes im deutschen Vorverfahren bei erwartetem Strafbefehl als strukturelles Problem ausgeschlossen werden.

2.4.2 Rechtliches Gehör im Vorverfahren

- 191 Der erwartete Strafbefehl führt in beiden Ländern dazu, dass der Beschuldigte im Vorverfahren nur durch die Polizei vernommen wird. Nimmt man bereits vorweg, dass auch nach Abschluss des Vorverfahrens eine Anhörung durch die Strafbefehlsbehörden beider Länder in der Regel nicht verlangt wird,⁴⁵⁵ bleibt die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung als einzige Kommunikationsgelegenheit für Behörden und Beschuldigten – vorausgesetzt, der geladene Beschuldigte erscheint überhaupt zur Vernehmung. Mangels Alternativen ist auch davon auszugehen, dass das in Zürich verlangte Geständnis im Rahmen dieser Einvernahme abgelegt wird. Zu überprüfen ist zunächst, ob mit dieser Beschränkung auf die polizeiliche Vernehmung das rechtliche Gehör des Beschuldigten verletzt wird.

a) Grundsatz

- 192 Aus der Pflicht zur Wahrung der Menschenwürde folgt der Anspruch auf rechtliches Gehör.⁴⁵⁶ Wer von einem Entscheid durch eine Behörde betroffen ist, hat das Recht, vor dieser zur Sache Stellung zu nehmen und somit als Prozesssubjekt behandelt zu werden.⁴⁵⁷ Ein Zweck der Vernehmung ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Ermöglichung einer effektiven Verteidigung.⁴⁵⁸ Dazu muss der Beschuldigte über den Vorwurf und die Beweislage informiert werden,

⁴⁵³ Siehe bereits vorne Fn. 40; zum Ergebnis GILLIÉRON/KILLIAS, S. 379 ff.; zu bewussten Falschgeständnissen zum Schutz anderer GILLIÉRON, S. 137 ff.

⁴⁵⁴ FISCH, S. 20 ff.; die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts obliegt dem Staatsanwalt im Vorverfahren nur insoweit, als er damit den hinreichenden Tatverdacht bejahen kann – die weitere Ermittlung obliegt dem Gericht, dazu PETERS, Strafprozess, S. 287.

⁴⁵⁵ Siehe hinten N 315 ff.

⁴⁵⁶ KÜHNE, N 264 m.H. auf BVerfGE 7, 275, 279; VILLIGER, N 470 ff.

⁴⁵⁷ Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK; in der Schweiz: Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 107 chStPO; in Deutschland: § 163a Abs. 1 dStPO (Art. 103 GG gilt nur für das rechtliche Gehör vor Gericht, KÜHNE, N 267.1; MÜLLER, S. 252, 279).

⁴⁵⁸ WAGNER, S. 548 m.w.H.

Akteneinsicht verlangen und Beweisanträge stellen können. Entscheidet sich der Beschuldigte nach entsprechender Belehrung zur Aussage, wird diese, belastend oder entlastend, zum Teil des Ermittlungsergebnisses und gilt als Beweismittel.⁴⁵⁹ Frühere Ansichten in der Lehre sahen in der Vernehmung nur den Zweck der Verteidigung, ein Geständnis durfte keinesfalls erwirkt werden. Seit geraumer Zeit wird dem Aufklärungsinteresse in Einzelfragen und somit dem Beweiszweck verstärkt der Vorrang eingeräumt.⁴⁶⁰ Insgesamt sind die Zwecke der Vernehmung indessen umstritten.⁴⁶¹

Zur Erfüllung dieses Anspruchs im Vorverfahren ist in beiden Ländern eine einmalige Vernehmung ausreichend.⁴⁶² Unklar ist aber, zu welchem Zeitpunkt und von welcher Behörde rechtliches Gehör gewährt werden muss, um dem Grundsatz gerecht zu werden. 193

b) Zeitpunkt

Wann der Beschuldigte im Vorverfahren in welchem Umfang vernommen werden muss, ist in keiner der untersuchten Strafprozessordnungen näher geregelt. Nach dem Wortlaut der deutschen Gesetzesbestimmungen würde es beispielsweise bereits ausreichen, wenn ein Beschuldigter in einem so frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens gehört wird, dass er sich zu später erhobenen Anschuldigungen nicht mehr äussern kann und von diesen erst durch den Strafbefehl Kenntnis erhält.⁴⁶³ Andererseits würde auch eine erstmalige Vernehmung kurz vor Abschluss des Ermittlungsverfahrens dem gesetzlichen Erfordernis der einmaligen Vernehmung gerecht, selbst wenn der Beschuldigte während des ganzen Verfahrens nichts von den Ermittlungen gegen ihn wusste.⁴⁶⁴ 194

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet aber auch das Recht auf wirksame Verteidigung und eine solche ist nur möglich, wenn sich die Vernehmung bzw. die Gelegenheit zur Äusserung auf alle Aspekte der Tat(en) erstreckt, die Gegenstand der Anklage bzw. des Strafbefehls werden sollen.⁴⁶⁵ Die zweite Konstellation ist zudem mit Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK nicht zu vereinbaren, wonach der Beschuldigte unverzüglich über die Art und den Grund der Beschuldigung in Kenntnis gesetzt werden muss.⁴⁶⁶ 195

⁴⁵⁹ Klärend zur Terminologie von Prozesssubjekt und Beweismittel GRÜNWALD, S. 59 f.

⁴⁶⁰ Zu dieser Tendenz bereits GRÜNWALD, S. 61 f.

⁴⁶¹ Zum Streit etwa DENCKER, FS-Fezer, S. 115 m.w.H. im Hinblick auf die Form der Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung.

⁴⁶² WAGNER, S. 545.

⁴⁶³ KÜHNE, N 267.1; SCHÄFER H., S. 166; WAGNER, S. 545 ff.

⁴⁶⁴ WAGNER, S. 545.

⁴⁶⁵ WAGNER, S. 549.

⁴⁶⁶ Dazu statt vieler HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 219.

- 196 Auch wenn diese Situation in der Lehre umstritten ist,⁴⁶⁷ so wird jedenfalls deutlich, dass der Beschuldigte, gestützt auf das allgemeine Fairnessgebot darüber informiert werden muss, wenn sich neue Vorwürfe gegen ihn ergeben. Ob diese einmalige Gewährung des rechtlichen Gehörs nun so schnell oder so umfassend (und deshalb so spät) als möglich stattfindet – beide Situationen sind unbefriedigend. Nur eine frühzeitige Vernehmung durch die Polizei und eine erneute Vernehmung oder die Möglichkeit zur Äusserung vor Abschluss des Verfahrens sind für eine wirksame Verteidigung ausreichend.
- 197 Obwohl dies kein exklusives Problem des Strafbefehlsverfahrens ist, wird dieses Defizit gerade in einem Verfahren ohne Hauptverhandlung offensichtlich. Während der Beschuldigte im Normalverfahren noch in der Hauptverhandlung die Möglichkeit erhält, Beweisanträge zu stellen bzw. seinen Standpunkt geltend zu machen, fehlt diese Form der Beteiligung naturgemäss im Strafbefehlsverfahren. Somit kann hier die sonst geltende Rechtfertigung der Beschränkung rechtlichen Gehörs im Vorverfahren mit dessen umfassender Gewährung nach Anklageerhebung nicht greifen.⁴⁶⁸ Wird keine Schlusseinvernahme vor Abschluss der Ermittlungen und auch keine zusätzliche Einvernahme durch die Strafbefehlsbehörde vor Erlass des Strafbefehls durchgeführt, ist das Verfahrensprinzip der GehörsGewährung zumindest tangiert und muss als Defizit des Strafbefehlsverfahrens angesehen werden. Jedoch ist dieses Defizit nicht strukturell begründet, sondern, wie noch zu sehen sein wird, lediglich Effizienzbestrebungen innerhalb des Strafbefehlsverfahrens zu verdanken.⁴⁶⁹
- 198 Eine Möglichkeit für die Behebung dieses Problems läge in der Änderung der Vorschriften zum Vorverfahren durch die Einführung einer zwingenden Schlusseinvernahme bei erwartetem Strafbefehl. Um der Einheitlichkeit willen sollte das Vorverfahren bei erwartetem Strafbefehl jedoch nicht gesondert geregelt werden. Deshalb ist auch diesbezüglich im Rahmen der eigentlichen Strafbefehlsbestimmungen nach einer Lösung des Problems zu suchen.

c) Form

- 199 Zur Problematik des Zeitpunkts kommt diejenige der Form. Nach deutscher und schweizerischer Strafprozessordnung kann der Beschuldigte zur schriftlichen Stellungnahme eingeladen werden. Während die deutsche Regelung dies ausdrücklich nur in «einfachen Sachen» genügen lässt und die Lehre diese Einschränkung auf «einfach gelagerte Verfahren mit überschaubaren, leicht verständlichen Sachverhalten»⁴⁷⁰ konkretisiert hat, enthält der schweizerische Gesetzestext weder Voraussetzungen noch Einschränkungen und ist deshalb zu

⁴⁶⁷ WAGNER, S. 546, mit entsprechenden Verweisen.

⁴⁶⁸ PIETH, AJP 2002, S. 630; SCHÄFER H., S. 167 f.

⁴⁶⁹ Dazu eingehend hinten N 315 ff.

⁴⁷⁰ Statt vieler KK-WACHE, § 163a N 10 ff.

offen formuliert.⁴⁷¹ Die Bestimmung birgt ausserdem die Gefahr, dass der Beschuldigte, welcher die Einladung zur Stellungnahme nicht liest oder deren Inhalt nicht versteht bzw. aus Angst nicht reagiert, zu den Vorwürfen faktisch keine Stellung nehmen kann.⁴⁷² Jedoch hat es sich auch hinsichtlich dieser Problematik bei einer allgemeinen Kritik am Vorverfahren bewenden zu lassen, da die schriftliche Einvernahme zwar auch, aber eben nicht ausdrücklich und schon gar nicht ausschliesslich auf das Strafbefehlsverfahren anwendbar ist.

d) Behörde

Der Beschuldigte wird bei einem erwarteten Strafbefehl in der Regel nur durch die Polizei vernommen, was nicht zu beanstanden ist, soweit die entsprechenden Sicherungen vorgesehen sind und eingehalten werden.⁴⁷³ Ein ausdrücklicher Anspruch, von einem Staatsanwalt vernommen zu werden, besteht nicht. Andererseits erhält die polizeiliche Ermittlungstätigkeit damit im Strafbefehlsverfahren eine abschliessende Bedeutung, für welche sie nicht konzipiert wurde und ist deshalb gerade mit Blick auf die Beschuldigtenrechte bei der Vernehmung möglicherweise problematisch. 200

2.4.3 Beschuldigtenrechte bei der Vernehmung

Wird der Beschuldigte vernommen, hat er grundlegende, teils übergesetzliche Rechte. Dazu zählen das Recht zu schweigen, das Recht auf Information und dasjenige auf Beizug eines Verteidigers.⁴⁷⁴ Über das Schweigerecht und das Recht auf einen Verteidiger muss der Beschuldigte vor einer Vernehmung durch die Strafbehörden wirksam belehrt werden.⁴⁷⁵ Grundsätzlich gilt: Wird dem Beschuldigten eines der besagten Rechte verwehrt oder wurde er nicht über diese belehrt, sind seine Äusserungen unverwertbar.⁴⁷⁶ 201

Das zürcherische Recht gewährt diese Rechte im polizeilichen Verfahren erst seit dem 1. Januar 2005. Einerseits wurde damit der seit Inkrafttreten der revidierten schweizerischen Bundesverfassung geübten polizeilichen Praxis gefolgt, 202

⁴⁷¹ Immerhin hält die Botschaft dazu fest, dass bei Beschuldigten und anderen Personen, bei denen der persönliche Eindruck eine Rolle spielt, diesbezüglich Zurückhaltung angezeigt sei (Botschaft E StPO, S. 1186); zu den sich aus dem Gesetz und übergesetzlichen Grundsätzen ergebenden Einschränkungen der schriftlichen Einvernahme siehe Goldschmid/Maurer/Sollberger-ILL, S. 132.

⁴⁷² MALEIKA, S. 160.

⁴⁷³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 35 ff.

⁴⁷⁴ Art. 6 EMRK; Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR; Art. 29 Abs. 2 BV; § 11 Abs. 1 zhStPO; §§ 136, 137, 147 dStPO, statt vieler für die Schweiz HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 14; für Deutschland ROXIN/SCHÜNEMANN, § 18 N 2 ff.

⁴⁷⁵ FREI-SIPONEN, S. 235.

⁴⁷⁶ BGHSt 38, 214.

andererseits wurde dieses Umdenken auch deshalb unumgänglich, weil das «neue» staatsanwaltschaftliche Vorverfahren diesbezügliche Defizite nun nicht mehr mit einem unabhängigen Untersuchungsrichter zu kompensieren vermochte.⁴⁷⁷ Über das völkerrechtlich verankerte Schweigerecht musste bis vor kurzem (durch die Polizei) nicht belehrt werden,⁴⁷⁸ bzw. hatte eine fehlende Belehrung keine Konsequenzen. Die Pflicht zur Information über die Vorwürfe wurde zudem erst 1999 in die Bundesverfassung aufgenommen.⁴⁷⁹ Ein Recht auf Teilnahme eines Verteidigers bei der polizeilichen Einvernahme besteht im Kanton Zürich jedoch auch heute nicht.⁴⁸⁰

- 203 Die schweizerische Strafprozessordnung sieht diese Beschuldigtenrechte ausdrücklich auch für das Ermittlungsverfahren vor.⁴⁸¹ Insbesondere steht der Verteidigung bei allen polizeilichen Einvernahmen das Recht zu, teilzunehmen und Fragen zu stellen.⁴⁸² Vor oder während der Einvernahme muss die Verteidigung zudem das Recht haben, sich mit dem Beschuldigten zu beraten.⁴⁸³ Der Beschuldigte muss gemäss Art. 143 Abs. 1 lit. c und Art. 158 chStPO bei der ersten protokollarischen Einvernahme auf seine Rechte hingewiesen werden.⁴⁸⁴ Über das Recht auf Bestellung eines Verteidigers muss der Beschuldigte ebenfalls belehrt werden.⁴⁸⁵ Dies gilt nach schweizerischem Recht als Gültigkeitserfordernis.⁴⁸⁶

⁴⁷⁷ Zur ersten Begründung DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 30; zur zweiten KRAUSS, Anmerkungen, S. 26, allerdings mit dem Einwand, dass die beschnittenen Rechte des Beschuldigten auch in einem solchen Modell nicht durch den Untersuchungsrichter kompensiert werden können, da eine unterlassene Verteidigung im Vorverfahren vor dem Untersuchungsrichter nicht nachgeholt werden kann.

⁴⁷⁸ In Zürich wurde diese Pflicht erst 1992 durch den § 11 Abs. 1 zhStPO für die erste Einvernahme vor dem Bezirksanwalt eingeführt, für die polizeiliche Einvernahme im Ermittlungsverfahren erst 2001; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 15.

⁴⁷⁹ Art. 32 Abs. 2 BV garantiert heute eine möglichst rasche und umfassende Unterrichtung über die erhobenen Beschuldigungen, HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 866.

⁴⁸⁰ Gemäss § 11 Abs. 1 zhStPO darf der Angeschuldigte zwar jederzeit einen Verteidiger bestellen, nach § 17 Abs. 2 S. 2 zhStPO ist der Verteidiger aber erst dann *stets* zuzulassen, wenn der Angeschuldigte vor dem Untersuchungsbeamten erstmals einlässlich ausgesagt hat oder sich seit 14 Tagen in Haft befindet; kritisch dazu ERNI, S. 230.

⁴⁸¹ Art. 113 chStPO zur Stellung des Beschuldigten; PIETH, AJP 2002, S. 628, sieht jedoch die Rechte des Beschuldigten auch mit der schweizerischen Strafprozessordnung nicht voll verwirklicht.

⁴⁸² ERNI, S. 236 ff.

⁴⁸³ Insbesondere Art. 159 chStPO; Botschaft E StPO, S. 1193 ff.; ERNI, S. 230, 234 ff.

⁴⁸⁴ ERNI, S. 231 f., hält es für fraglich, ob es in jedem Fall genügt, den Beschuldigten über seine Rechte erst anlässlich der ersten *protokollarischen* Befragung aufzuklären.

⁴⁸⁵ Art. 143 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 158 Abs. 1 lit. c chStPO.

⁴⁸⁶ So ausdrücklich in Art. 158 Abs. 2 chStPO.

In Deutschland sind das Schweigerecht, das Informationsrecht und das Recht auf *Konsultation* eines frei wählbaren Verteidigers in § 136 Abs. 1 dStPO und § 137 Abs. 1 geregelt. Die Pflicht zur Belehrung über diese Rechte ergibt sich aus § 136 Abs. 1 S. 2 dStPO i.V.m. § 163a StPO.⁴⁸⁷ Damit unterscheiden sich die Rechte des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung zumindest in einem Punkt deutlich von der staatsanwaltschaftlichen bzw. richterlichen: Das Recht auf *Anwesenheit* eines Verteidigers ergibt sich zumindest nicht klar aus dem Gesetz und der Verteidiger hat kein *eigenes* Recht auf die Teilnahme an einer Vernehmung.⁴⁸⁸ 204

Die Beschuldigtenrechte werden in der polizeilichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren heute nicht mehr stark eingeschränkt. Als Abweichungen zur staatsanwaltschaftlichen Vernehmung gelten aber das fehlende Recht auf Teilnahme des Verteidigers bei der Einvernahme im zürcherischen Ermittlungsverfahren, in Deutschland das eigene Recht des Verteidigers an der Teilnahme an einer Vernehmung und generell die unvollständige Informationspflicht durch die Polizei: Die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat wird ihm nur als Lebenssachverhalt dargelegt, die Strafvorschriften werden durch die Polizei nicht mitgeteilt.⁴⁸⁹ Da es in der Regel bei der polizeilichen Vernehmung bleibt, erfährt der Betroffene bis zum Erhalt des Strafbefehls nicht, welche konkreten Delikte ihm zum Vorwurf gemacht werden und könnte sich erst dann (und somit zu spät) im Hinblick auf die rechtliche Würdigung wirksam verteidigen. 205

Allerdings ist aus vorgenannten Gründen auch bei der Lösung dieser Problematik nicht bei den Bestimmungen des Vorverfahrens, sondern bei jenen des Strafbefehlsverfahrens anzusetzen. 206

2.5 Zusammenfassung

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der Staatsanwalt in beiden Ländern bei erwartetem Strafbefehl die Beschuldigtenvernehmung nicht selbst durchführen muss. Er kann sich mit den Protokollen der polizeilichen Vernehmung begnügen, sofern er diese als ausreichend ansieht. Auch kann die in der Schweiz ansonsten zwingende Untersuchungseröffnung unterbleiben. Da aber die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht zwangsläufig einer staatsanwaltschaftlichen Handlung bedarf, kann davon ausgegangen werden, dass auch bei 207

⁴⁸⁷ Auch im deutschen Recht galt bis 1991 für Aussagen ohne vorangehende Belehrung keine Unverwertbarkeit, da § 136 dStPO als Ordnungsvorschrift angesehen wurde; geändert durch BGHSt 38, 214; BGHSt 39, 349; statt vieler KÜHNE N 355 m.w.H.

⁴⁸⁸ MEYER-GOSSNER, § 136 N 10 zur *Verteidigerkonsultation*; der *Verteidigerbeizug* (§ 163a Abs. 3 i.V.m. 168c Abs. 1 dStPO) gilt nur in der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung.

⁴⁸⁹ MALEIKA, S. 160, Fn. 557; § 163a Abs. 4 dStPO; § 136 Abs. 1 Ziff. 1 dStPO.

erwartetem Strafbefehl ein Vorverfahren durchgeführt wird, welches den inhaltlichen Anforderungen an den Ermittlungsgrundsatz standhält.

- 208 Indes ist das Vorverfahren im Hinblick auf das rechtliche Gehör für das Strafbefehlsverfahren ungenügend. Zwar weicht das Verfahren bei erwartetem Strafbefehl diesbezüglich nicht von jenem vor einer Anklageerhebung ab, jedoch fehlt bei einem anschliessenden Strafbefehlsverfahren das Korrektiv der mündlichen Verhandlung.⁴⁹⁰
- 209 Im Hinblick auf die Beschuldigtenrechte in der polizeilichen Vernehmung halten sowohl das schweizerische als auch das deutsche Recht den Anforderungen mehr oder weniger stand. Das zürcherische Recht genügt mangels Zulassung des Verteidigers zu polizeilichen Einvernahmen den Anforderungen jedoch nicht. Hier bringt der Verzicht auf die Untersuchungseröffnung und damit die fehlende erneute Vernehmung (zumindest in summarischer Form gemäss § 32a zhStPO) ein deutliches Defizit. Dazu kommt, dass in beiden Ländern dem Recht auf Information nur mangelhaft nachgekommen wird, da der Beschuldigte bis zum Erhalt des Strafbefehls nicht erfährt, wie der ihm vorgeworfene Sachverhalt rechtlich gewürdigt wird und er sich diesbezüglich nicht wirksam verteidigen kann.
- 210 Auf die genannten Abweichungen des schweizerischen Vorverfahrens bei erwartetem Strafbefehl ist im Hinblick auf die Rechte des Verletzten an späterer Stelle einzugehen.⁴⁹¹ Ist das Akteneinsichtsrecht an den Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gekoppelt, so dürfte dieser empfindliche Einbussen bei den Mitwirkungsrechten erleiden.
- 211 Bei den Schwachstellen des rechtlichen Gehörs und der mangelhaften Beschuldigtenrechten im Vorverfahren handelt es sich indirekt um strukturelle Defizite des Strafbefehlsverfahrens. Indirekt deshalb, weil sie nicht aus den eigentlichen Strafbefehlsregelungen hervorgehen. Auch wenn es verlockend erscheint, in gewissen Punkten des Vorverfahrens strafbefehlsspezifische Änderungen vorzuschlagen (bspw. verstärkte Beschuldigtenrechte, eine zwingende Schlusseinvernahme, zwingende Einvernahmen durch Staatsanwälte), wäre dies ein systematisch verfehelter Ansatz. Das Vorverfahren verlangt nach Einheitlichkeit, da – systematisch gesehen – erst bei Abschluss desselben endgültig entschieden wird, ob ein Strafbefehlsverfahren tatsächlich durchgeführt wird.⁴⁹² Auch würde eine Abweichung des Vorverfahrens bei «erwarteten Strafbefehlen» eine kaum bestimmbare Voraussetzung in sich tragen. Insgesamt sind die genannten Defizite deshalb im Rahmen des Strafbefehlsverfahrens auszugleichen, damit die Systematik bestehen bleibt, welche die Defizite des Vorverfahrens auch beim Normalverfahren durch die Hauptverhandlung kompensieren lässt. Jedenfalls aber

⁴⁹⁰ Zum generell fehlenden Korrektiv im Schweizer Recht PIETH, AJP 2002, S. 630.

⁴⁹¹ Siehe hinten N 324 ff.

⁴⁹² VIVELL, S. 73.

müssen die Garantien vor Erlass des Strafbefehls gewährt werden, da insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht in einer nachfolgenden Hauptverhandlung geheilt werden kann.⁴⁹³

In diesem Sinne sei für allfällige künftige Gesetzesprojekte mit Nachdruck festgehalten, dass das Vorverfahren vor einem Strafbefehl nicht von einem ordentlichen abweichen darf. Diese Notwendigkeit zeigt sich deutlich im noch zu behandelnden Verzichtargument.⁴⁹⁴ Geht man nämlich davon aus, dass die Defizite des Strafbefehlsverfahrens durch Verzicht des Beschuldigten auf ein Hauptverfahren ausgeglichen werden, da bei einer Einsprache all diese Mängel entfallen würden, so muss dieses Argument bei einem vorgängig abgewandelten Vorverfahren zwangsweise ins Leere laufen. Somit sind Forderungen in der Lehre nach einer eher erhöhten als verminderten Sorgfalt bei der Ermittlungstätigkeit bei erwartetem Strafbefehl berechtigt.⁴⁹⁵ Von weiteren Fernwirkungen des erwarteten Strafbefehls auf das Vorverfahren ist jedenfalls dringend abzuraten, wenn die ohnehin schon heikle Legitimationsbasis des Strafbefehlsverfahrens erhalten bleiben soll.

3. Schuldüberzeugung oder hinreichender Tatverdacht

3.1 Die Grundsatzdiskussion

Über die Frage nach dem Gewissheitsgrad bzw. der «Qualität des Schuldnachweises»,⁴⁹⁶ welcher dem Erlass eines Strafbefehls zu Grunde liegen muss, herrscht seit jeher Uneinigkeit.⁴⁹⁷ Das deutsche Bundesverfassungsgericht⁴⁹⁸ geht mit einem Teil der Lehre davon aus, dass das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts für den Erlass eines Strafbefehls ausreicht und zwar deshalb, weil sich der Beschuldigte danach dem Schuldspruch unterwirft (sog. Unterwerfungstheorie).⁴⁹⁹ Die inzwischen herrschende Ansicht spricht sich demgegenüber

⁴⁹³ Dies würde auch für die Verletzung der Unschuldsvermutung gelten (MORSCHER, S. 195 m.w.H.), welche hier aber nicht als strukturell verletzt angesehen wird.

⁴⁹⁴ Siehe hinten N 444 ff.

⁴⁹⁵ So bspw. MALEIKA, S. 160.

⁴⁹⁶ EBERT, S. 196.

⁴⁹⁷ Gegenüberstellung der Standpunkte bei EBERT, S. 206 ff.; GEIS, S. 15 ff.; L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 25 ff.; LOOS, S. 313; MÜLLER, S. 126 ff.; SK-WESSLAU, § 407 N 12.

⁴⁹⁸ BVerfGE 3, 248, 253; 25, 158, 164; 65, 377, 383.

⁴⁹⁹ Für die Schweiz siehe DONATSCH, ZStrR 1994, S. 324, gestützt auf die Rechtsprechung der Konventionsorgane (S. 323); HÜRLIMANN, S. 189; beispielhaft für das

für die Notwendigkeit einer Überzeugung der Strafbefehlsbehörde von der Schuld des Beschuldigten für den Erlass eines Strafbefehls aus (sog. Überzeugungstheorie).⁵⁰⁰

- 214 Ein Nachweis für die Überzeugungstheorie wird zunächst darin gesehen, dass eine Herabsetzung der Prüfungsanforderung rechtsstaatlich bedenklich wäre. Zum einen würde dies dem materiellrechtlichen Schuldprinzip (*nulla poena sine culpa*)⁵⁰¹ entgegenlaufen, wonach jede Strafe Schuld voraussetzt und dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen. Zum anderen würde damit gegen das verfahrensrechtliche Prinzip der Unschuldsvermutung (davon abgeleitet: *in dubio pro reo*)⁵⁰² verstossen.⁵⁰³ Weiter wird konkretisiert, das Strafbefehlsverfahren würde sich bei der Entscheidungsfindung nur in der Art der Erkenntnisgrundlage (Akten statt Hauptverhandlung) vom Normalverfahren unterscheiden.⁵⁰⁴ Dabei werden Akten teilweise als qualitativ minderwertige Entscheidungsgrundlage bezeichnet.⁵⁰⁵ Weitere Argumente für die Überzeugungstheorie werden aus den Gesetzesmaterialien abgeleitet, namentlich aus dem deutschen Regierungsentwurf im Gesetzgebungsverfahren zum Strafverfahrensänderungsgesetz von 1987, welcher klar von einer «einwandfreien Überzeugung» spricht.⁵⁰⁶

deutsche Recht BEULKE, N 527; GEIS, S. 191; MEYER-GOSSNER, § 407 N 1; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 68 N 7; SCHAAL, S. 427 ff.; SINNER, S. 164.

⁵⁰⁰ Für die *Schweiz* siehe BOLLIGER S. 64; LÄMMLI S. 27, 52; LOPEZ, S. 62 f., 72 ff.; SCHWITTER, S. 165 f., 176 f.; beispielhaft für das *deutsche* Recht: DEITERS, S. 184 hebt damit den Unterschied zur Anklage hervor; FEZER, ZStW 1994, S. 21; KK-FISCHER, § 408 N 15; L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 25; HENKEL, S. 402; KIRCH, S. 95; LOOS, S. 313; MALEIKA, S. 102; KMR-METZGER, § 407 N 21 ff.; MÜLLER S. 76, 132; RIESS, JR 1988, S. 133 ff.; SCHÄFER G., N 1175; SCHORN, S. 45; WANKE, S. 9, 23, 32; SK-WESSLAU, vor § 407 N 14.

⁵⁰¹ In der *Schweiz* verankert in Art. 19 Abs. 1 chStGB; in *Deutschland* aus Art. 20 III GG abgeleitet («Verfassungsrang» gemäss BVerfGE 20, 323).

⁵⁰² Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 14 Abs. 2 IPBPR; Art. 32 Abs. 1 chBV.

⁵⁰³ MÜLLER, S. 131; EBERT, S. 247 f.; kritisch GEIS, S. 16 ff., 19.

⁵⁰⁴ MÜLLER, S. 133 m.w.H.; wiederum kritisch GEIS, S. 19; SK-WESSLAU, vor § 407 N 12 ff., geht das Problem über eine prozedurale Theorie des Schuldnachweises an; LOOS, S. 322 f., befürwortet diese grundsätzlich und konkretisiert dahingehend, dass tatsächlich zuerst die prozedurale Frage geklärt werde, ob denn in einer mündlichen Verhandlung die Tat noch weiter aufgeklärt werden könnte und nur wenn der Richter diese verneine, könne der Strafbefehl erlassen werden.

⁵⁰⁵ So bspw. FEZER, ZStW 1994, S. 20.

⁵⁰⁶ BT-Drucks. 10/1313, S. 34; so bspw. RIESS, JR 1988, S. 133 f.; a.A. SCHAAL, S. 439 f.; vgl. im Übrigen auch BT-Drs. 12/1217 S. 43 (zum RpflEntlG): «Bei positiver Entscheidung muss der Richter nicht nur den hinreichenden Tatverdacht feststellen, sondern vielmehr von der Täterschaft und Schuld überzeugt sein.»

Weiter wird die Überzeugungstheorie mit der urteilsgleichen Wirkung des Strafbefehls begründet.⁵⁰⁷

Dieser herrschenden Ansicht ist zunächst entgegenzuhalten, dass auch die Verfechter der *Unterwerfungstheorien* die fehlende Schuldüberzeugung nicht diskussionslos hinnehmen und eine Verdachtsstrafe tolerieren, sondern den hinreichenden Tatverdacht in der einen oder anderen Form mit der Unterwerfung des Beschuldigten zu einem Schuldnachweis vervollständigen.⁵⁰⁸ Des Weiteren wird nach der *Überzeugungstheorie* einerseits die Notwendigkeit der Überzeugung bekräftigt, gleichzeitig aber auch das Fehlen einer vollwertigen Erkenntnisgrundlage eingeräumt.⁵⁰⁹ Daraus muss doch zumindest die Frage folgen, ob eine Schuldüberzeugung aufgrund der Akten überhaupt erreichbar ist.⁵¹⁰ Wird dies als realisierbar bejaht, muss allerdings tatsächlich eine Überzeugung vorausgesetzt werden, verlangt doch bereits die Systematik, dass sich das Strafbefehlsverfahren (wo möglich) an den Grundsätzen des Normalverfahrens orientiert.⁵¹¹ Wird die Frage der Erreichbarkeit einer solchen Schuldüberzeugung hingegen verneint, muss die Überzeugungstheorie abgelehnt und geprüft werden, ob eine Unterwerfungskonstruktion den Anforderungen an den Schuldgrundsatz und die Unschuldsumutung standhält. Zunächst ist demnach nur der Frage nachzugehen, ob eine Überzeugungsbildung aufgrund der Akten möglich ist.

Zu klären ist zunächst, von welcher Art Schuldüberzeugung auszugehen ist. Dafür ist die schweizerische von der deutschen Diskussion aufgrund unterschiedlicher Ausgangslagen loszulösen. Da vorliegend die Abweichung der Entscheidungsgrundlage des Strafbefehls von derjenigen des Urteils zu untersuchen ist, ist zunächst die Frage nach der jeweiligen Grundlage der Schuldüberzeugung im Normalverfahren zu klären und dann die gesetzliche Regelung im Strafbefehlsverfahren zu untersuchen.

3.2 Überzeugungsbildung im Normalverfahren

Wie bereits *Grisebach* in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme deutlich gemacht hat, bestehen in den beiden vorliegend untersuchten Rechtskreisen unterschiedliche Ansichten vom Verhält-

⁵⁰⁷ Zusammenfassung der Argumentation bei EBERT, S. 212 ff. m.w.H.

⁵⁰⁸ So bspw. SCHAAL, S. 442; SINNER, S. 164.

⁵⁰⁹ Kritisch GEIS, S. 18 ff.

⁵¹⁰ GEIS, S. 17; SK-WESSLAU, vor § 407 N 14.

⁵¹¹ Systematisch gesehen geben die Vorschriften zum Strafbefehlsverfahren keine Hinweise auf eine Abweichung von der allgemeinen Regel. Die Aufgabe des Prozessrechts, für die Umsetzung des materiellen Rechts zu sorgen, verlangt die Durchsetzung des Schuldprinzips. Auch der eigentliche Zweck des Strafbefehlsverfahrens verlangt nicht nach der Umgehung der Schuldüberzeugung.

nis zwischen der Unmittelbarkeit einerseits und den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung und der materiellen Wahrheit andererseits.⁵¹²

- 218 Wie bereits vorstehend erwähnt, gilt in Deutschland die Ansicht, der Richter könne die Aufgabe, die Tatsachen frei zu würdigen und zu einer eigenen sicheren Schuldüberzeugung zu kommen, nur erfüllen, wenn er selbst die zu beurteilenden Tatsachen in der Hauptverhandlung unmittelbar wahrgenommen habe.⁵¹³ Demgegenüber sieht es die schweizerische Lehre und Praxis, welche ebenfalls vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung ausgehen, als entbehrlich an, dass sich der Richter einen persönlichen Eindruck von den Beweismitteln verschafft. Dies folgt aus der schweizerischen Ansicht, dessen Fehlen «sei kein Nachteil, weil Protokolle und Akten einen engeren zeitlichen Zusammenhang zur Tat hätten».⁵¹⁴ Dies bedeutet, dass in der Schweiz selbst im Hauptverfahren die Aktenkenntnis eine deutliche Erkenntnisfunktion besitzt und die formelle Unmittelbarkeit nur als Möglichkeit, nicht jedoch als Notwendigkeit angesehen wird.⁵¹⁵ Dies kann wohl auch damit begründet werden, dass die Akten bei Beginn der Hauptverhandlung in der Regel bereits spruchreif sind und eine nochmalige Beweisabnahme sowohl der Prozessökonomie als auch dem allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzip zuwiderlaufen würde.
- 219 Dieser Unterschied zeigt sich deutlich im Wortlaut der gesetzlichen Regelungen.⁵¹⁶ So schöpft der zürcherische Richter im Normalverfahren seine Überzeugung «aus der Hauptverhandlung und den Untersuchungsakten»⁵¹⁷. Auch gemäss schweizerischer Strafprozessordnung würdigt das Gericht «die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung»⁵¹⁸, wozu nach den Materialien ausdrücklich auch jene Beweise gehören, die bereits von der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren erhoben worden sind.⁵¹⁹ Konkret gilt zudem für die Beweisabnahme in der Hauptverhandlung nach schweizerischem Recht, dass das Gericht die Beweise (mit Ausnahme von fehlenden, unvollständigen und nicht ordnungsgemäss erhobenen) nur dann nochmals erhebt, wenn «die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung not-

⁵¹² GRISEBACH, als Ganzes; KRAUSS, recht 1986 und recht 1987, je als Ganzes; zur Entwicklung in der Schweiz aus deutscher Sicht nochmals KRAUSS, Anmerkungen, S. 27; zu einer diesbezüglich beschränkten Übertragbarkeit deutscher Erfahrungen im Zusammenhang mit Absprachen OBERHOLZER, AJP 1992, S. 9.

⁵¹³ Siehe vorne N 144 ff.

⁵¹⁴ GRISEBACH, S. 207, welcher diese Einstellung nicht zuletzt auf ökonomische Überlegungen zurückführt, S. 190 f.

⁵¹⁵ GRISEBACH, S. 209, 211; zur Ersetzbarkeit der Hauptverhandlung, ERBE, S. 160.

⁵¹⁶ Siehe bereits vorne N 147 ff.

⁵¹⁷ § 284 zhStPO; statt vieler SCHMID, Strafprozessrecht, N 287.

⁵¹⁸ Art. 10 chStPO.

⁵¹⁹ Botschaft E StPO, S. 1133.

wendig erscheint».⁵²⁰ Die deutsche Regelung geht dagegen von einer strikten Unmittelbarkeit aus, wenn sie verlangt, dass das Gericht «nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung» über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu entscheiden hat.⁵²¹ Soweit es die gesetzliche Regelung betrifft, kann diesbezüglich auf die Zusammenfassung *Grisebachs* verwiesen werden, nach welcher die Schweiz «mit viel Sinn für die Bedürfnisse der Praxis» die unmittelbare Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung als einen der möglichen Wege zur Wahrheitserforschung neben der Verwertung der Untersuchungsakten ansieht, ohne entscheiden zu wollen, welcher Weg der bessere sei, während Deutschland «aufgrund intensiverer wissenschaftlicher Durchdringung der Problematik» die Frage zugunsten des Unmittelbarkeitsgrundsatzes entschieden und diesen auch unzweideutig gesetzlich fixiert hat.⁵²² Dies kann zumindest als ein möglicher Grund für die unterschiedlichen Löungsansätze betrachtet werden.

Aus den bereits dargelegten Ausnahmen von der Unmittelbarkeit innerhalb der deutschen Hauptverhandlung lässt sich, soviel schon vorweg, noch keine Rechtfertigung der Aktenüberzeugung im Strafbefehlsverfahren ableiten.⁵²³ 220

In der Rechtswirklichkeit jedoch ist die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme auch in Deutschland über diese Spezialbestimmungen hinaus beschränkt. So wird in der Praxis in erster Linie im Verfahren vor dem Strafrichter auf eine umfassende Beweisaufnahme, namentlich auf die Ladung von Zeugen, verzichtet, wenn der Angeklagte im Ermittlungsverfahren ein glaubhaftes Geständnis abgelegt hat und in der Hauptverhandlung kein abweichendes Aussageverhalten erwartet wird.⁵²⁴ Auch wenn eine solche Praxis ohne Sicherungen⁵²⁵ beachtliche Gefahren mit sich bringt – jeglicher Grundlage entbehrt eine solche Beschleunigung auch im deutschen Recht nicht.⁵²⁶ In einem ersten Schritt ist dazu fest- 221

⁵²⁰ Art. 343 Abs. 3 chStPO; zum mehrfach abgeänderten Vorschlag einer Zweiteilung in ordentliche und vereinfachte Beweisaufnahmen siehe Botschaft E StPO, S. 1285 f.

⁵²¹ § 261 dStPO; die Regelung der konkreten Beweisabnahme in §§ 244 ff. dStPO.

⁵²² GRISEBACH, S. 218.

⁵²³ Siehe bereits vorne N 149.

⁵²⁴ FEZER, ZStW 1994, S. 4; WESSLAU, S. 71; AK-SCHÜCH, § 244 N 24; dazu auch JE-ROUSCHEK, S. 802, Einschränkungen in Fn. 29; RIESS, FS-Richter, S. 437: «[...] in den Fällen der auch beweismässig einfach gelagerten Alltagskriminalität sind die Fälle nicht selten, in denen das [...] Urteil allein auf das Geständnis des Angeklagten gestützt wird, [...]»

⁵²⁵ DENCKER, StV 1994, S. 504 ff., hat für eine Beschleunigung des Beweisverfahrens mittels Geständnis ein Modell entwickelt, welches die notwendigen Sicherungen vorsieht.

⁵²⁶ RIESS, FS-Richter, S. 438 zunächst kritisch im Hinblick auf die Übereinstimmung mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, jedoch mit der Erkenntnis, dass, wenn es erkennbar ohne schlechtes Gewissen geschehe, dies eher als Übersteigerung des Un-

zuhalten, dass jedes Beweisverfahren von einer gewissen Basis auszugehen hat, da nicht jedes Sachverhaltsdetail von Grund auf bewiesen zu werden braucht, so lange es nicht in Zweifel gezogen wird. In dieser Basis lässt sich folglich bereits ein Mindestkonsens der Verfahrensbeteiligten erkennen.⁵²⁷ Für eine Entlastung des förmlichen Beweisverfahrens über diesen Mindestkonsens hinaus kann schliesslich eine aktive Handlung des Angeklagten dienen, welche dazu geeignet ist, Beweisgrundlagen für das Urteil zu schaffen.⁵²⁸ Diese Handlung wird im Eingestehen von Tatsachen gesehen.⁵²⁹ Dieser Ansatz ist mit den Grundlagen der deutschen Strafprozessordnung durchaus vereinbar,⁵³⁰ vermag die besagte Praxis aber freilich nur dem Grundsatz nach zu rechtfertigen. Somit kann hier einstweilen festgehalten werden, dass auch das deutsche Gericht, unter Anwendung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, seine Überzeugung allein auf ein glaubhaftes Geständnis stützen kann.⁵³¹

3.3 Überzeugungsbildung im Strafbefehlsverfahren

- 222 In keiner der vorliegend untersuchten Strafbefehlsbestimmungen ist der verlangte Gewissheitsgrad über das Vorliegen der Schuld des Beschuldigten ausdrücklich geregelt.⁵³² Jedenfalls kann aber für das Strafbefehlsverfahren keine strengere Regelung gelten, als für das Normalverfahren. Dies bedeutet für das schweizerische Strafbefehlsverfahren, dass ein Staatsanwalt, in einer Rolle, welche an späterer Stelle noch zu überprüfen sein wird, aufgrund der Polizeiakten und der allenfalls selbst erhobenen Beweise durchaus zu einer Überzeugung gelangen kann, bzw. dass er den Strafbefehl erst dann erlassen darf, wenn die Akten spruchreif sind.
- 223 Im Unterschied zum schweizerischen Strafbefehlsverfahren stellt in Deutschland der Staatsanwalt einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls beim zuständigen

mittelbarkeitsgrundsatzes denn als echte Gefährdung der Wahrheitsfindung erscheinen (S. 438); siehe dazu auch den Vorschlag von DENCKER, StV 1994, S. 503 ff., zur weiteren Beschleunigung des Beweisverfahrens in der Hauptverhandlung.

⁵²⁷ Dazu anschaulich DENCKER, StV 1994, S. 504 mit Beispielen.

⁵²⁸ DENCKER, StV 1994, S. 504, mit dem Hinweis auf die fehlende Mitwirkungspflicht im Strafprozess im Unterschied zum Zivil- und Verwaltungsprozess.

⁵²⁹ DENCKER, StV 1994, S. 504 f., dies muss kein reumütiges Geständnis sein – vielmehr geht es dabei um jegliches Zugestehen von Tatsachen; siehe hinten N 524 ff.

⁵³⁰ In diesem Zusammenhang bringt DENCKER, StV 1994, S. 504 – als Verlängerung des Gedankens – die Passivität des Beschuldigten im Strafbefehlsverfahren als Grundlage für ein Unterbleiben des Beweisverfahrens ein.

⁵³¹ So auch FEZER, ZStW 1994, S. 4 m.w.H.

⁵³² Anders aber bspw. im Kanton Aargau, wo der gesetzliche Wortlaut des § 194 agStPO verlangt, dass die Schuld des Beschuldigten nach den Akten nachgewiesen erscheint, WANKE, S. 32.

Richter. Dieser hat den Antrag gemäss § 408 dStPO zu prüfen.⁵³³ Gemäss § 170 Abs. 1 i.V.m. § 407 Abs. 1 S. 4 dStPO muss bereits nach Abschluss des Vorverfahrens ein hinreichender Tatverdacht vorliegen.⁵³⁴ Dies setzt voraus, dass aus der Perspektive der Staatsanwaltschaft eine gerichtliche Verurteilung des Beschuldigten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfolgen wird. Stellt der Staatsanwalt einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls, obwohl kein hinreichender Verdacht vorliegt, lehnt ihn der Richter gemäss § 408 Abs. 2 S. 1 dStPO ab. Weiter muss der Staatsanwalt gemäss § 407 Abs. 1 S. 2 dStPO eine Hauptverhandlung für nicht erforderlich erachten. Bejaht der Richter in Übereinstimmung mit dem Staatsanwalt den hinreichenden Tatverdacht, muss er weiter überprüfen, ob er Bedenken hat, ohne eine Hauptverhandlung zu entscheiden. Der Richter prüft also stufenweise⁵³⁵ (oder gleichzeitig)⁵³⁶, ob ein hinreichender Tatverdacht vorliegt und wenn ja, ob er Bedenken hat, ohne eine Hauptverhandlung zu entscheiden. Worin nun aber die Erforderlichkeit der Hauptverhandlung für den Staatsanwalt und die Bedenken des Richters, ohne eine solche zu entscheiden, bestehen können, konkret, ob dazu auch die fehlende Überzeugung von der Schuld gehört, ist in Deutschland Grundlage für den bereits erwähnten Streit.⁵³⁷

Als Vertreter der Überzeugungstheorie geht *Fezer* davon aus, dass der Staatsanwalt eine Hauptverhandlung dann nicht für erforderlich halte, wenn der Akteninhalt dem Gericht die gebotene Überzeugungsbildung ermögliche und von der Hauptverhandlung keine Abweichung vom Ermittlungsergebnis zu erwarten sei.⁵³⁸ Dies könne bei Vorliegen eines Geständnisses der Fall sein. Jedenfalls aber könne eine Hauptverhandlung dann unterbleiben, wenn dem Richter eine «Aktenüberzeugung» möglich sei.⁵³⁹ Auch *Dencker* verlangt dafür lediglich, dass für das Gericht die Schuld des Beschuldigten so sicher nachgewiesen sein muss, dass es daran keine Zweifel (mehr) hat. Die Beweislage müsse so dicht sein, dass (relativ) guten Gewissens auf die Nagelprobe der Hauptverhandlung verzichtet werden könne.⁵⁴⁰ Demgegenüber kommt *Geis*, welcher die Überzeugungsbildung auch aus psychologischer Sicht untersucht hat,⁵⁴¹ zum Schluss, dass basierend auf den Akten, aufgrund strukturbedingter Restzweifel, keine Überzeugung möglich sei.⁵⁴² Konkret fehle etwa die Drittbeteiligung, insbeson-

⁵³³ Zur Auslegung des § 408 dStPO siehe nur GEIS, S. 23.

⁵³⁴ MALEIKA, S. 15; MÜLLER, S. 60.

⁵³⁵ Bspw. MÜLLER, S. 71.

⁵³⁶ So bspw. L/R-GÖSSEL, § 408 N 18.

⁵³⁷ Siehe MALEIKA, S. 25, zum Begriff «Bedenken» in § 408 Abs. 3 S. 2 dStPO.

⁵³⁸ FEZER, ZStW 1994, S. 17; FEZER, FS-Baumann, S. 401; KMR-FEZER, § 407 N 10 m.H. auf BT-Drucks. 10/1313.

⁵³⁹ FEZER, ZStW 1994, S. 21.

⁵⁴⁰ DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 94 f.

⁵⁴¹ GEIS, S. 101 ff.

⁵⁴² GEIS, S. 165 f.

- dere die der Verteidigung, auch sei die Entscheidungsstruktur eine andere. Nach einer Überprüfung des Begriffs des hinreichenden Tatverdachts kommt er schliesslich zum ernüchternden Zwischenergebnis, die Natur der richterlichen Entscheidung beim Erlass eines Strafbefehls sei nichts anderes, als ein hinreichender Tatverdacht im dringenden Grade. Allerdings würden sich dabei nur diese strukturbedingten Restzweifel zwischen den Verdacht und die Überzeugung stellen.⁵⁴³
- 225 Letztere Ansicht vermag nur insoweit zu überzeugen, als dass die Schuld nicht in jedem Fall schon aufgrund der Akten nachgewiesen werden kann. So darf bei kompliziert gelagerten Fällen, in welchen aufgrund der Vielschichtigkeit verschiedene Sachverhalte denkbar sind, bei denen es etwa auf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder den Augenschein an einem Tatort ankommt, nicht mit der qualitativ minderwertigen Erkenntnisgrundlage «Untersuchungsakten» vorlieb genommen werden. Hieraus den Schluss zu ziehen, eine Aktenüberzeugung sei aus Prinzip nicht möglich, ist aber verfehlt.
- 226 Es ist offensichtlich, dass eine mündliche unmittelbare Hauptverhandlung die Wahrheitsfindung erleichtern kann. Es gibt aber auch Fälle, nämlich die einfach gelagerten, in denen es einer solchen nicht bedarf.⁵⁴⁴ Und andere Fälle dürfen im Strafbefehlsverfahren – dies im Sinne einer strukturellen Sicherung – nach vorliegender Ansicht nicht behandelt werden.⁵⁴⁵ Liegt ein Fall vor, bei welchem die Schuldüberzeugung aufgrund der Akten nicht möglich ist und lediglich ein hinreichender Tatverdacht besteht, ist von einem Strafbefehl abzusehen.⁵⁴⁶ Stattdessen muss Anklage erhoben bzw. eine Hauptverhandlung anberaumt werden.⁵⁴⁷
- 227 Trotz der qualitativ minderwertigen Grundlage⁵⁴⁸ liegt die «Aktenüberzeugung» über den Mindestanforderungen von Art. 6 Abs. 2 EMRK, wonach lediglich die Verdachtsstrafe verboten ist, die Art der Überzeugungsfindung aber dem nationalen Gesetzgeber zur Regelung überlassen wird.⁵⁴⁹ Dennoch handelt es sich auch bei der minderen Qualität der Erkenntnisgrundlage um ein strukturelles Defizit, welches nach einer Sicherung verlangt.⁵⁵⁰
- 228 Kommt man auf das Beschleunigungsmodell *Denckers* zurück, welches dem Prozessverhalten (dem Mass an Zustimmung und Bestreitung durch den Be-

⁵⁴³ GEIS, S. 191.

⁵⁴⁴ So auch ERBE, S. 160; FISCH S. 44; L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 28; LÄMMLI, S. 49; MÜLLER, S. 143.

⁵⁴⁵ Zu dieser zusätzlichen Voraussetzung siehe hinten N 409 ff.

⁵⁴⁶ So auch MÜLLER S. 132 f.; WANKE, S. 23.

⁵⁴⁷ L/R-GÖSSEL, vor § 407 N 28.

⁵⁴⁸ FISCH, S. 44, spricht von «einer schmaleren Erkenntnisgrundlage».

⁵⁴⁹ Statt vieler SCHMID, Strafprozessrecht, N 287.

⁵⁵⁰ MALEIKA, S. 101 f.; differenzierend WESSLAU, S. 63, 200 ff.

schuldigten) auch im Normalverfahren grosse Bedeutung für den legal notwendigen Beweisführungsaufwand beimisst, könnte – dogmatisch betrachtet – mit der Passivität des Beschuldigten im Strafbefehlsverfahren das Fehlen einer Beweisabnahme gerechtfertigt werden.⁵⁵¹ Wieviel Bedeutung einer solchen Passivität aber effektiv beigemessen werden darf, wird noch zu prüfen sein.⁵⁵²

Somit ist festzuhalten, dass eine Art Schuldüberzeugung aufgrund der Akten möglich ist. Dies gilt nicht nur für die Schweiz, sondern auch für Deutschland. *Dencker* spricht sich allerdings dafür aus, dabei von einer Schuldvermutung zu sprechen und den Begriff der Überzeugung nicht zu verwenden, da diese dem Zustand nach der Beweisaufnahme vorbehalten sei.⁵⁵³ Zwar ist *Dencker* dahingehend beizupflichten, dass eine Überzeugung im Sinne des deutschen § 261 dStPO tatsächlich schon dem Wortlaut nach nicht zu erreichen ist.⁵⁵⁴ Eine (davon abgewandelte) Überzeugung «aus dem Inbegriff der Akten» müsste aber, gerade im Hinblick auf das schweizerische Recht, auch begrifflich vertretbar sein, zumal eine Überzeugung, je nach gesetzlicher Regelung, aufgrund unterschiedlicher Grundlagen erreichbar zu sein scheint. Somit ist im Folgenden von einer «Aktenüberzeugung» auszugehen, welche in geeigneten Fällen als ausreichend und realisierbar angesehen werden kann.⁵⁵⁵ Wünschenswert wäre jedenfalls in beiden Ländern eine Regelung, in der die Schuldüberzeugung aufgrund der Akten ausdrücklich verlangt wird. 229

4. Wesen, Inhalt und Wirkung des Strafbefehls

4.1 Wesen des Strafbefehls

4.1.1 Grundsatzdiskussion

Zwar verwandt mit der Frage nach der erforderlichen Überzeugung beim Strafbefehlserlass, aber nicht in zwingender Abhängigkeit dazu, ist die Frage nach 230

⁵⁵¹ So wohl auch DENCKER, StV 1994, S. 504.

⁵⁵² Siehe hinten N 440 ff.

⁵⁵³ DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 95; so auch SCHAAL, S. 442.

⁵⁵⁴ So auch MALEIKA, S. 100; SCHAAL, S. 441; DENCKER, Verwertungsverbote, S. 138 f.

⁵⁵⁵ FEZER, ZStW 1994, S. 43, welcher aber Sicherungen verlangt (S. 21); LÄMMLI, S. 48, mit dem Hinweis, dass eine absolute Gewissheit unmöglich sei und eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit auch aus den Akten gewonnen werden könne; LOPEZ, S. 62; MALEIKA, S. 101 spricht von einer «vorläufigen Überzeugung»; MÜLLER, S. 132, 143 f., hält die Überzeugungsbildung auf Grund der Akten für ohne Einschränkung möglich; WANKE, S. 9; WESSLAU, S. 45, 62 f.

dem Wesen des Strafbefehls als Entscheidungsform. Grundsätzlich geht es dabei um die Diskussion, ob es sich beim Erlass eines Strafbefehls um einen Akt der Rechtsprechung handelt, ob dem Strafbefehl die Rechtsnatur eines Urteils zukommen kann und wenn ja, ob bereits vor oder erst nach Ablauf der Einsprachefrist.

- 231 Im älteren Schrifttum fand ein unsystematisches Zuordnen von formellen und materiellen Wesensmerkmalen statt. Während vor allem Mayer⁵⁵⁶ den Strafbefehl in zivilprozessualer Analogie als Anerkennung eines Strafanspruches ohne richterliche Schuldfeststellung (und damit nicht als Strafentscheid) ansah, erkannte Beling⁵⁵⁷ in ihm zumindest der Sache nach eine vertragsähnliche Abmachung über Schuldspruch und Sanktion auf der Grundlage eines hinreichenden Tatverdacht – immerhin also ein Strafverfahren. Henkel⁵⁵⁸ bezeichnete den Strafbefehl schliesslich der Form nach als Beschluss, inhaltlich dagegen mit der Wirkung eines Urteils mit bedingter Straffestsetzung. Schmidt⁵⁵⁹ sah den Strafbefehl nicht als Wahrspruch an, sondern als Ausspruch einer Beschuldigung mit daran anknüpfenden Rechtsfolgen.
- 232 Die insbesondere von Mayer vertretene Lehre vom reinen, ausserhalb des Strafverfahrensrechts angesiedelten Vollstreckungstitel ist überwiegend auf Ablehnung gestossen.⁵⁶⁰ Noch immer umstritten ist jedoch (vor allem in der Schweiz) die Frage, ob es sich beim Strafbefehl um ein ordentliches Urteil handelt, oder wie insbesondere von Gilliéron/Killias vertreten, um einen «Urteilsvorschlag»⁵⁶¹, nach Trechsel um einen «Vorschlag zur gütlichen Einigung»⁵⁶² oder nach Donatsch gar um einen «nichthoheitlichen Akt unter gleichgestellten Prozesssubjekten»⁵⁶³.
- 233 Da das Strafbefehlsverfahren aus den praktischen Bedürfnissen der Strafrechtspflege entstanden ist,⁵⁶⁴ ist eine einwandfreie Wesenszuordnung der Entscheidung nicht möglich. Es kann aber zunächst festgehalten werden, dass unabhän-

⁵⁵⁶ MAYER, GS 99, S. 65; kritisch dazu in erster Linie MÜLLER, S. 195 f.; aber auch schon HENKEL, S. 401 und WANKE, S. 8.

⁵⁵⁷ BELING, S. 472.

⁵⁵⁸ HENKEL, S. 400 f.

⁵⁵⁹ SCHMIDT, Lehrkommentar, Teil I N 325, Teil II, vor § 407 N 9, § 409 N 1; siehe dazu MÜLLER, S. 130.

⁵⁶⁰ Zu den Gründen ausführlich MÜLLER, S. 127 ff., m.w.H. in Fn. 84.

⁵⁶¹ GILLIÉRON/KILLIAS, S. 383; differenzierter dann jedoch bei GILLIÉRON, S. 33 ff.

⁵⁶² So geäussert in den Hearings zum Expertenentwurf, Hearings, S. 21.

⁵⁶³ DONATSCH, ZStrR 1994, S. 324; kritisch dazu PIETH, Grundriss, S. 194.

⁵⁶⁴ WANKE, S. 9: «Bei allen Beratungen bestand vielmehr nur Einigkeit darüber, dass das Strafbefehlsverfahren aus praktischen Erwägungen eingeführt werden müsse; die rechtliche Bedeutung mit ihren Konsequenzen zu erkennen, überliess man Rechtslehre und Rechtsprechung.»

gig von der Bezeichnung und den Prämissen, die Folgen des rechtskräftigen Strafbefehls denen eines rechtskräftigen Urteils gleichkommen: Dem Beschuldigten wird eine Strafe auferlegt, er gilt als einer Tat schuldig und danach in der Regel als vorbestraft. Die Lehre kennt zum einen den formellen Rechtsprechungs-begriff. Danach zählen all jene Anordnungen zur Rechtsprechung, die dem Richter durch Gesetz oder Verfassung übertragen worden sind.⁵⁶⁵ Die herrschende Lehre geht demgegenüber von einem materiellen Rechtsprechungs-begriff aus, wobei über die einzelnen Kriterien keine Einigkeit besteht.⁵⁶⁶ Jedenfalls richtet sich die Zuordnung danach in erster Linie nach dem Inhalt.⁵⁶⁷ Formell mag man sich an der fehlenden Hauptverhandlung (in der Schweiz gar schon am fehlenden Richter)⁵⁶⁸ stossen, materiell aber entspricht der Strafbefehl als Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschuldigten einem Urteil. Für die Schweiz gilt damit: Kommt man zum Schluss, der Staatsanwalt könne keine richterliche Funktion wahrnehmen, so ist nicht dem Strafbefehl die Urteilsqualität abzuspochen, sondern der Staatsanwalt in besagter Funktion durch einen Richter zu ersetzen.⁵⁶⁹ Denn Inhalt und Wirkung des Strafbefehls lassen sich hier nicht durch eine formelle Fehlbesetzung oder -bezeichnung beschönigen oder verändern.

4.1.2 Schweiz

Das schweizerische Bundesgericht hat in BGE 81 IV 14 ein Urteil als jeden Ent- 234
scheid einer zuständigen Behörde definiert, «der verbindlich darüber erkennt, ob der Beschuldigte sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat und der gegebenenfalls die Rechtsfolgen bestimmt, die diese Handlung nach sich zieht.» Verbindlich erkannt hat eine Behörde gemäss einem weiteren Entscheid (BGE 81 IV 83) nicht nur dann, wenn ihr Entscheid von keiner Partei mehr angefochten werden kann, sondern schon dann, wenn die Behörde nicht mehr von sich aus auf ihn zurückkommen darf. Demnach konnte auch ein Entscheid wie der Strafbefehl, der nur unter der Voraussetzung Recht schafft, dass er nicht angefochten wird, ein Urteil sein.⁵⁷⁰ In BGE 92 IV 261 bestätigte das Bundesgericht

⁵⁶⁵ Kritisch dazu BRÜNING, S. 82 f. m.w.H.

⁵⁶⁶ Ausführlich zu den einzelnen Herangehensweisen, BRÜNING, S. 83.

⁵⁶⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 45 N 14; BOLLIGER, S. 41, «verurteilender Entscheid»; LOPEZ, S. 14.

⁵⁶⁸ Siehe hinten N 270, N 294 ff.; z.T. wird in der Schweiz aus der Zuständigkeit des Staatsanwaltes geschlossen, dass der Strafbefehl kein Urteil sein könne, sondern ein Verwaltungsakt sein müsse, so bspw. METTLER, S. 218.

⁵⁶⁹ So bspw. die Regelung im Kanton Basel-Stadt, wo ein Strafbefehlsrichter vorgesehen ist (§ 7 bsStPO).

⁵⁷⁰ ALTORFER, S. 4; bereits früher hatte das Bundesgericht dem Strafbefehl die Rechtsnatur eines Urteils zugesprochen: BGE 69 I 73; BGE 74 IV 15; BGE 78 IV 148.

diese Rechtsprechung im Grundsatz erneut, differenzierte, in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, aber dahingehend, dass erst der mit unbenutztem Ablauf der Einsprachefrist rechtskräftig gewordene Strafbefehl als Urteil anzusehen sei.⁵⁷¹ Das Strafbefehlsverfahren sei selbst kein Verfahren erster Instanz, sondern ein diesem vorgelagertes. «Führt es zum Ziel, dann entfällt das erstinstanzliche Verfahren, und der rechtskräftig gewordene Strafbefehl tritt an die Stelle des erstinstanzlichen Urteils. [...] Wird jedoch der Strafbefehl angefochten, so findet das ordentliche Verfahren vor der ersten Instanz statt, als ob ein Strafbefehlsverfahren gar nicht bestünde.»⁵⁷² Während dieses Schwebezustandes könne damit noch nicht von einem Urteil gesprochen werden. In der älteren Lehre wurde (zum Teil noch nach diesem Entscheid) die gegenteilige Ansicht vertreten.⁵⁷³ In der zürcherischen Regelung wird die *Urteilswirkung* des rechtskräftigen Strafbefehls festgehalten.⁵⁷⁴ Die schweizerische Strafprozessordnung geht ausdrücklich von einer Gleichstellung des rechtskräftigen Strafbefehls mit einem rechtskräftigen Urteil aus.⁵⁷⁵

4.1.3 Deutschland

- 235 In der deutschen Strafprozessordnung ist die weitgehende Gleichstellung des rechtskräftigen Strafbefehls mit einem ordentlichen Urteil seit dem Strafverfahrensänderungsgesetz von 1987 ebenfalls ausdrücklich in § 410 Abs. 3 dStPO

⁵⁷¹ Dabei ging es um die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Strafantrag zurückgezogen werden kann. Gemäss Art. 31 Abs. 1 (a)chStGB war ein Rückzug möglich, bis das Urteil erster Instanz verkündet war. Im Strafbefehlsverfahren stellte sich somit die Frage, wie sich die Rechtslage während der Einsprachefrist gestalte. Heute ist ein Rückzug des Strafantrags bis zum zweiten kantonalen Urteil möglich (Art. 33 Abs. 1 StGB), die Diskussion erübrigt sich deshalb. Dennoch ist der Entscheid von Bedeutung, da es dem Bundesgericht Anlass dazu gab, sich zur Natur des Strafbefehlsverfahrens zu äussern: «Die bisher befolgte gegenteilige Rechtsprechung verkennt die Natur des Strafbefehlsverfahrens. Dieses [...] ist, jedenfalls begriffsmässig, ein Verfahren ohne Hauptverhandlung. Die zum Erlass des Strafbefehls zuständige Behörde setzt darin die Strafe auf Grund des im Vorverfahren durch die untersuchende Behörde zusammengetragenen Beweismaterials fest. Diese summarische Beurteilung von Tat und Täter steht unter dem Vorbehalt, dass der Angeschuldigte sich dem Urteilsspruch unterzieht. Will er das nicht, so kann er, nach dem Strafbefehlsverfahren, die Durchführung des ordentlichen Strafverfahrens, beginnend mit der Hauptverhandlung vor der ersten Instanz, verlangen.»; zu dieser Problematik JAGGI, ZStrR 2006, S. 445 ff., m.H. zu Reaktionen auf diesen Entscheid in der Literatur, Fn. 53; zur problematischen Begriffswahl «summarische Beurteilung» siehe vorne N 133.

⁵⁷² BGE 92 IV 161, 163.

⁵⁷³ Insbesondere ALTORFER, S. 5; CADUFF, S. 314 f.; kritisch dazu SCHWITTER, S. 37 f.

⁵⁷⁴ § 325 zhStPO.

⁵⁷⁵ Art. 354 Abs. 3 chStPO.

geregelt.⁵⁷⁶ Zwar bestehen hinsichtlich der Wiederaufnahmemöglichkeit zuungunsten des Beschuldigten Unterschiede zum Urteil, namentlich lässt § 373a Abs. 1 dStPO diese unter weit weniger restriktiven Voraussetzungen zu.⁵⁷⁷ Dennoch gilt der Strafbefehl nach Ablauf der ungenutzten Einspruchsfrist als ordentliches, rechtskräftiges Urteil.

4.1.4 Fazit

Im Ergebnis ist der Strafbefehl in beiden Ländern direkt nach seinem Erlass als 236
suspensiv bedingtes Urteil zu betrachten, welches nur noch durch Einsprache aufgehoben werden kann.⁵⁷⁸ Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl nach Ablauf der Einsprachefrist zum rechtskräftigen Urteil. Die Urteilsqualifikation des Strafbefehls hängt somit vom Willen der Einspracheberechtigten ab.⁵⁷⁹ Die formale Gleichstellung zieht mit sich, dass der Strafbefehl den grundlegenden inhaltlichen Anforderungen an ein Urteil nachkommen sollte.⁵⁸⁰

4.2 Inhalt des Strafbefehls

4.2.1 Gesetzliche Regelung

a) Allgemein

Nach **zürcherischem** Recht wird dem Strafbefehl die Doppelfunktion von Anklageersatz und Urteil zuerkannt. Demgemäss müsste er grundsätzlich die Bestandteile eines Urteils enthalten.⁵⁸¹ Jedoch werden im Strafbefehl gemäss gel-

⁵⁷⁶ In der alten Fassung war lediglich festgehalten worden, dass der rechtskräftige Strafbefehl die *Wirkung* eines rechtskräftigen Urteils erlangt, MALEIKA, S. 97 m.w.H.

⁵⁷⁷ KK-FISCHER, Vorbem. zu §§ 407 N 4; vgl. hinten N 259 ff.

⁵⁷⁸ ALTORFER, S. 3 ff.; BOLLIGER, S. 42; LÄMMLI, S. 25; SCHMID, Strafprozessrecht, N 913; JAGGI, ZStrR 2006, S. 437 ff., kommt bei der Untersuchung zur Wirkung der Verjährungsregelung (Art. 70 Abs. 3 chStGB) auf das Strafbefehlsverfahren zum Schluss, dass es sich beim Strafbefehl nicht um ein rechtskräftiges erstinstanzliches Urteil in diesem Sinne handeln kann, bevor die Einsprachefrist nicht unbenutzt verstrichen ist (S. 454).

⁵⁷⁹ JAGGI, ZStrR 2006, S. 443 und SCHWITTER, S. 34, mit dem Hinweis darauf, dass die Willensabhängigkeit am Überordnungsverhältnis zwischen Behörden und Beschuldigten nichts ändern kann.

⁵⁸⁰ MALEIKA, S. 98.

⁵⁸¹ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 318 N 1 mit Verweis auf § 160 zhGVG und WBA Ziff. 48.3 («Strafbefehlen, die nicht angefochten werden, kommt Urteilscharakter zu; sie sind deshalb gleich zu gestalten wie Gerichtsurteile.»); gemäss SCHMID, Strafprozessrecht, N 574, ergibt sich der Inhalt des Strafbefehls aber alleine aus § 318 zhStPO.

tendem § 318 zhStPO nur noch das dem Angeschuldigten zur Last gelegte Verhalten, die dadurch erfüllten Straftatbestände, die Beweismittel, die festgesetzte Strafe mit kurz begründetem Entscheid über die Gewährung des bedingten Strafvollzugs, der Entscheid über Kosten, Prozessentschädigung, allfällige Zivilansprüche sowie die Anordnung von Freigabe oder Einziehung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte aufgeführt.⁵⁸² Nach § 325 Abs. 2 zhStPO muss zudem Absatz 1 ebendieser Bestimmung in den Strafbefehl aufgenommen werden, welcher besagt, unter welchen Umständen der Strafbefehl die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt.⁵⁸³

- 238 Das **schweizerische** Recht sieht vor, dass der Strafbefehlsinhalt zumindest im Grundsatz dem Inhalt eines Urteils gemäss Art. 81 chStPO entspricht.⁵⁸⁴ Die inhaltlichen Details sind in Art. 353 Abs. 1 lit. a–k chStPO geregelt. Danach muss der Strafbefehl insbesondere den vorgeworfenen Sachverhalt, die damit erfüllten Tatbestände, die Strafe sowie die Nebenfolgen enthalten. Darüber hinaus bedarf es einer kurzen Begründung des Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Sanktion oder einer bedingten Entlassung (lit. f) und den Hinweis auf die Möglichkeit der Einsprache und die Folgen einer unterbliebenen Einsprache (lit. i).
- 239 Demgegenüber muss der Strafbefehl nach **deutschem** Recht inhaltlich nicht den Anforderungen eines anfechtbaren Urteils, sondern denjenigen einer Anklageschrift genügen. Dies wird damit begründet, dass der Strafbefehl nach einem Einspruch die Funktion der Anklageschrift übernimmt und in der Hauptverhandlung verlesen wird.⁵⁸⁵ Gemäss den Anforderungen in § 409 dStPO enthält der Strafbefehl nach Massgabe von Abs. 1 insbesondere die Bezeichnung der Tat, die dem Angeklagten zur Last gelegt wird, die «angewendeten Vorschriften nach Paragraph, Absatz, Nummer, Buchstabe und mit der Bezeichnung des Gesetzes», die Beweismittel, die Festsetzung der Rechtsfolgen und die Belehrung über die Möglichkeit des Einspruchs.⁵⁸⁶

b) Begründung

- 240 *Rieder* hielt für das **zürcherische** Recht noch 1964 die Notwendigkeit einer kurzen Begründung des Strafbefehls fest. Es sei der gesamte Tatbestand zu schildern, wobei auf die genannten Beweismittel verwiesen und der Wahrheitsgehalt des Geständnisses gewürdigt werden müsse.⁵⁸⁷ Auch *Altorfer* (1966) verlangte noch, dass der Strafbefehl mit einer kurzen Begründung betreffend Schuld,

⁵⁸² Donatsch/Schmid-SCHMID, § 318 N 1 ff.; detaillierter, aber lediglich mit Bezug auf das aargauische Recht, SCHWITTER, S. 204 ff.

⁵⁸³ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 318 N 9.

⁵⁸⁴ Botschaft E StPO, S. 1290.

⁵⁸⁵ § 200 dStPO; MALEIKA, S. 16.

⁵⁸⁶ Dazu statt vieler L/R-GÖSSEL, § 409 N 1 ff.

⁵⁸⁷ RIEDER, S. 245.

Strafe und bedingtem Strafvollzug versehen sein müsse.⁵⁸⁸ Ferner hatte gemäss den Weisungen von 1967 die Begründung des Strafbefehls noch alle Erwägungen zu enthalten, die zum Entscheid über Schuld, Strafe, Anrechnung der Haft, Gewährung des bedingten Strafvollzuges, Kostenregelung und Anordnung einer Behandlung oder Verwahrung geführt hatten.⁵⁸⁹ Mit der Reform 1991 wurde jedoch zur Entlastung der Behörden die allgemeine Begründungspflicht abgeschafft.⁵⁹⁰ Für den Strafbefehl wurde die Abschaffung der umfassenden Begründungspflicht mit der gleichzeitigen Einführung von § 160a zhStPO begründet, welcher nach geltendem Recht bei Vorliegen eines Geständnisses und anlagegemässer Verurteilung auch im Normalverfahren die Urteilsbegründung erübrigt, wenn eine solche nicht ausdrücklich verlangt und kein Rechtsmittel eingelegt wird.⁵⁹¹ Damit erscheint die Änderung der Strafbefehlsregelung im Hinblick auf die Geständnisvoraussetzung im Strafbefehl jedenfalls konsequent. 1995 verlangten die Weisungen (immerhin) noch eine Begründung, die alle Erwägungen zu den Strafbefehlserfordernissen enthalten sollte.⁵⁹² In der geltenden Fassung von § 318 Ziff. 3 zhStPO ist die Begründungspflicht nunmehr auf den Entscheid über die Gewährung des bedingten Strafvollzuges beschränkt.⁵⁹³ Die Weisungen in der Fassung von 2009 verlangen in Ziff. 48.3 zusätzlich die Begründung der kurzen unbedingten Freiheitsstrafe, der Bewährungshilfe und allfälliger Weisungen.⁵⁹⁴ Eine zusätzliche Begründung der Strafzumessung ist heute aber gar «zu unterlassen».⁵⁹⁵

Auch wenn die **schweizerische** Regelung auf der Idee beruht, dass der Inhalt des Strafbefehls grundsätzlich dem Inhalt eines Urteils zu entsprechen hat,⁵⁹⁶ so behält doch Art. 80 Abs. 1 chStPO die Bestimmungen über das Strafbefehlsverfahren vor. Auch wenn daselbst eine ausdrückliche Abweichung fehlt, ergibt sich nicht zuletzt aus den Materialien, dass der Strafbefehl im Unterschied zum Urteil grundsätzlich nicht begründet wird.⁵⁹⁷ Allerdings ist gemäss Art. 353

⁵⁸⁸ ALTORFER, S. 67, mit einem Muster eines solchen Strafbefehls auf S. 68 f.

⁵⁸⁹ WBA 1967 Ziff. 242.

⁵⁹⁰ Zur Revision siehe REHBERG/HOHL, S. 61; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 318 N 10 m.H. auf ProtKommKR 1987–1991, S. 13194.

⁵⁹¹ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 318 N 10.

⁵⁹² WBA 1995 Ziff. 48.3.

⁵⁹³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 913; WBA Ziff. 48.3.

⁵⁹⁴ WBA Ziff. 48.3 mit Verweis auf Art. 41 Abs. 2 chStGB und Art. 95 Abs. 2 chStGB.

⁵⁹⁵ KÜNG/HAURI/BRUNNER, § 318 N 1; WBA Ziff. 48.3.

⁵⁹⁶ Botschaft E StPO, S. 1290.

⁵⁹⁷ SCHMID, Handbuch, N 1358 m.w.H. in Fn. 30; anders aber noch Botschaft E StPO, S. 1290 wonach im ursprünglichen Art. 357 Abs. 1 lit. e E StPO eine kurze Begründung des Strafmasses vorgesehen war; diese Bestimmung wurde in den parlamentarischen Beratungen auf Anregung der Kommission gestrichen (AB SR 2006, S. 983 ff., S. 984; Wortlaut vorne in Fn. 30); WICKI, S. 225.

Abs. 1 lit. f chStPO der Widerruf einer Bewährungsaussetzung oder bedingten Entlassung kurz zu begründen. Jedoch besteht auch im Normalverfahren nach schweizerischem Recht die Tendenz, die Begründungspflicht aus Effizienzgründen einzuschränken. So verzichtet auch das erstinstanzliche Gericht gemäss Art. 82 Abs. 1 chStPO auf eine schriftliche Begründung, wenn es das Urteil mündlich begründet und neben anderen Voraussetzungen nicht eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren ausspricht. Eine schriftliche Begründung kann aber nach Abs. 2 auch in diesen Fällen, entsprechend der Regelung im zürcherischen Normalverfahren, ohne weiteres verlangt werden.

- 242 Der **deutsche** Strafbefehl, der nach herrschender Ansicht nur den Anforderungen an eine Anklageschrift genügen muss,⁵⁹⁸ braucht, obwohl grundsätzlich zulässig,⁵⁹⁹ gemäss § 409 dStPO nicht begründet zu werden.⁶⁰⁰ Eine Ausnahme gilt allerdings für die Begründung von «Negativvermerken» zu Handen von Verwaltungsbehörden. Damit soll verhindert werden, dass die Verwaltungsbehörde in einem administrativen Verfahren zum Nachteil des Beschuldigten vom Inhalt des Strafbefehls abweicht.⁶⁰¹ Des Weiteren wird verschiedentlich auch eine Begründung für die Höhe der Geldstrafe und die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe gefordert.⁶⁰² Die Begründungspflicht im Normalverfahren ist in § 267 dStPO geregelt. Danach sollen die schriftlichen Urteilsgründe das Ergebnis der Hauptverhandlung wiedergeben und die Verfahrensbeteiligten davon überzeugen, dass Recht gesprochen worden ist.⁶⁰³ Haben alle Rechtsmittelberechtigten auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet oder ist die Rechtsmittelfrist ohne Einlegung eines solchen verstrichen, kann das Urteil abgekürzt begründet werden (§ 267 Abs. 4 dStPO).⁶⁰⁴

c) Belehrung

- 243 Das **zürcherische** Recht fordert in § 325 Abs. 2 zhStPO eine Belehrung über die Möglichkeit der Einsprache gegen den Strafbefehl sowie über die Wirkung de-

⁵⁹⁸ Siehe dazu MÜLLER, S. 78 m.w.H.

⁵⁹⁹ L/R-GÖSSEL, § 409 N 16.

⁶⁰⁰ MALEIKA, S. 21 f.; KK-FISCHER, § 409 N 8 f.

⁶⁰¹ Näher dazu L/R-GÖSSEL, § 409 N 16, 21; RiStBV Nr. 177 Abs. 2.

⁶⁰² KK-FISCHER § 409 N 8 f., 8a («formelhafte Begründungen erheblicher Freiheitsstrafen verfehlen aber ihren Zweck»).

⁶⁰³ KK-ENGELHARDT, § 267 N 1 f.

⁶⁰⁴ § 267 Abs. 4 dStPO: «[...] so müssen die erwiesenen Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden, und das angewendete Strafgesetz angegeben werden; [...]. Den weiteren Inhalt der Urteilsgründe bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach seinem Ermessen. [...]»; KK-ENGELHARDT, § 267 N 37 ff.; KÜHNE, N 1003 «verkürzte Begründungspflicht»; PETERS, Strafprozess, S. 480: «So bequem ein solches Urteil sein mag, so bedenklich ist es.»

ren Unterlassung. Allerdings ist umstritten, ob es sich dabei um ein Gültigkeits-erfordernis oder lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt.⁶⁰⁵ Jedenfalls ist aber davon auszugehen, dass bei fehlender Einsprachebelehrung im Sinne des Fairnessgrundsatzes bei Rechtsunkundigen an die Wiederherstellung der Einsprachefrist keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.⁶⁰⁶ Spätestens seit der Reform von 1991 sind über die Rechtsmittelbelehrung hinausgehende Belehrungen im Strafbefehl nach zürcherischem Prozessrecht nicht mehr erforderlich.⁶⁰⁷ Allerdings ergibt sich eine solche Belehrungspflicht aus den bundesrechtlichen Bestimmungen, welche in Art. 44 Abs. 3 chStGB eine «Erklärung» der Bedeutung und Folgen der bedingten und der teilbedingten Strafe erfordern. Dem Bundesrecht folgend gehen denn auch die Weisungen in diesem Zusammenhang über die Anforderungen des kantonalen Rechts hinaus. Zum einen sieht Ziff. 48.2 WBA die Beilage eines Merkblattes vor, in welchem insbesondere auf die Sanktionsform der gemeinnützigen Arbeit und die Natur des bedingten Strafvollzuges aufmerksam gemacht wird. Sodann wird in Ziff. 48.7 der Weisungen eine mündliche Belehrung über den bedingten Strafvollzug nahe gelegt. Danach hat der Staatsanwalt dem Verurteilten das Wesen des bedingten Strafvollzuges zu erläutern und ihn besonders auf die Gründe aufmerksam zu machen, die gemäss Art. 46 Abs. 1 chStGB zur Vollstreckbarerklärung der Strafe führen. Eine mündliche Belehrung ist zusätzlich im Protokoll zu vermerken.

Nach **schweizerischem** Recht wird in Art. 353 Abs. 1 lit. i chStPO ein Hinweis 244 auf die Möglichkeit der Einsprache und die Folgen einer unterbliebenen Einsprache verlangt. Weitere Belehrungen, insbesondere über die Natur gemeinnütziger Arbeit, bedingter Strafen oder die mögliche Umwandlung von Geldstrafen in Freiheitsstrafen sind auch hier gesetzlich nicht vorgesehen. Eine entsprechende Lösung, zumindest für die Durchsetzbarkeit von Art. 44 Abs. 3 chStGB, wird deshalb auch nach schweizerischem Recht über die Praxis des Strafverfolgungsbehörden gesucht werden müssen.

Auch nach **deutschem** Recht ist der Angeklagte gemäss § 409 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 245 dStPO und § 35a dStPO über die Möglichkeit des Einspruchs, die dafür vorgesehene Frist und Form sowie über das Gericht zu belehren, bei dem der Einspruch einzulegen ist.⁶⁰⁸ Auch der Hinweis, dass der Strafbefehl rechtskräftig und voll-

⁶⁰⁵ So sieht Donatsch/Schmid-SCHMID, § 318 N 9, § 325 N 5; § 401 N 7, hier wie generell in fehlenden Rechtsmittelbelehrungen, lediglich eine Ordnungsvorschrift, während RIEDER, S. 245, die Belehrung als obligatorisch bezeichnet.

⁶⁰⁶ Zur Restitution gemäss bei rechtskräftig gewordenen Strafbefehlen RIEDER, S. 249; zum geltenden Recht § 199 zhGVG.

⁶⁰⁷ REHBERG/HOHL, S. 61.

⁶⁰⁸ Aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK folgt ergänzend, dass die Belehrung über die Einspruchsmöglichkeit in eine dem Angeklagten geläufige Sprache zu übersetzen ist, L/R-GÖSSEL, § 409 N 24; BVerfGE 40, 95 (NJW 1975, 1597); Nr. 181 Abs. 2

streckbar wird, soweit dagegen kein Einspruch eingelegt wird, ist unumgänglich.⁶⁰⁹ Fehlt die Belehrung, so ist bei Versäumung der Einspruchsfrist gemäss § 44 S. 2 dStPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.⁶¹⁰ Des Weiteren ist der Angeklagte im Falle der Verhängung einer (im deutschen Strafbefehlsverfahren ohnehin nur bedingt festsetzbaren) Freiheitsstrafe gemäss den entsprechenden Vorschriften zu belehren.⁶¹¹

4.2.2 Defizit

- 246 Als oberstes Gebot des gesamten Strafprozessrechts gilt – unabhängig von der gewählten Prozesstheorie – der Fairnessgrundsatz. Geregelt ist der Grundsatz in Art. 6 EMRK nach dem Vorbild des angloamerikanischen Rechtsgrundsatzes des *fair trial* und beinhaltet in erster Linie die bestmögliche Verteidigung des Beschuldigten gegenüber den an Mitteln überlegenen Behörden. Generell wird der Fairnessgrundsatz als regulatives Prinzip im Sinne eines «Optimierungsgebots» verstanden.⁶¹²
- 247 Ausfluss dieses Fairnessgrundsatzes, aber auch des rechtlichen Gehörs und der Aktenkundigkeit, ist der Anspruch auf die Begründung eines strafrechtlichen Entscheides zu dessen Nachvollziehbarkeit.⁶¹³ In der Schweiz folgt diese Begründungspflicht aus dem verfassungsmässigen Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Auch im deutschen Schrifttum wird bei einer Verletzung der Begründungspflicht neben dem Recht auf Verteidigung und stichhaltige Verurteilung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 103 Abs. 1 GG als verletzt angesehen.⁶¹⁴
- 248 Für das **zürcherische** Verfahren stimmt die diesbezügliche Regelung im Strafbefehlsverfahren insoweit mit den Bestimmungen des Normalverfahrens überein, als dass bei jedem Strafbefehl auch die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung im Normalverfahren gemäss § 160a zhGVG erfüllt wären, also ein Geständnis vorliegt und – das ergibt sich aus der Natur des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens – im Prinzip auch «anklagegemäss» entschieden wird. Somit kann die fehlende Begründung im Strafbefehlsverfahren im Vergleich zum Normal-

RiStBV; MALEIKA, S. 23, betrachtet es als erforderlich, dass der *gesamte* Strafbefehl übersetzt werden muss.

⁶⁰⁹ Näher dazu L/R-GÖSSEL, § 409 N 23 ff.

⁶¹⁰ Statt vieler L/R-GÖSSEL, § 409 N 25.

⁶¹¹ L/R-GÖSSEL, § 409 N 27 ff.; § 409 Abs. 2 i.V.m. § 268a Abs. 3 oder § 268c S. 1 dStPO.

⁶¹² Zum Grundsatz statt vieler ROXIN/SCHÜNEMANN, § 11 N 4 ff.; SINNER, S. 125 ff.

⁶¹³ PEUKERT, N 182; SCHMID, Strafprozessrecht, N 214.

⁶¹⁴ So ausdrücklich PETERS, Strafprozess, S. 477.

verfahren nur insoweit beanstandet werden,⁶¹⁵ als dass der Betroffene nicht ohne weiteres eine Begründung verlangen kann. Er muss dafür den Weg der Einsprache beschreiten und erhält auch dann nicht die Begründung für den ursprünglichen Strafbefehl, sondern nur für das nachfolgende gerichtliche Urteil. Durch eine (evtl. mündliche) Begründung auf Verlangen könnten demzufolge bestimmte Einsprachen wohl abgewendet werden.

Nach **schweizerischem** Recht wird im Normalverfahren gemäss Art. 82 chStPO 249 von einer schriftlichen Urteilsbegründung abgesehen, wenn das Urteil mündlich begründet wird und kumulativ (unter anderem)⁶¹⁶ nicht eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren ausgesprochen wird. Letztere Voraussetzung ist bei einem Strafbefehl stets erfüllt. Würde also der Strafbefehl dem Beschuldigten direkt ausgehändigt und dabei kurz begründet, würde die fehlende schriftliche Begründung durchaus mit den Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens übereinstimmen. Wird aber auf eine mündliche Begründung verzichtet, weicht der Strafbefehl in diesem Punkt vom ordentlichen Verfahren ab. Jedenfalls besteht aber auch hier das Defizit, dass eine schriftliche Begründung des Entscheides nicht erhältlich gemacht werden kann, ohne dass ein gerichtliches Verfahren verlangt werden muss.

Im **deutschen** Recht kann das Urteil gemäss § 267 Abs. 4 dStPO abgekürzt be- 250 gründet werden, wenn alle Rechtsmittelberechtigten auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet haben oder die Rechtsmittelfrist ohne Einlegung eines solchen verstrichen ist. Selbst wenn diese Voraussetzungen direkt auf den Verzicht auf Einspruch (ein Rechtsbehelf)⁶¹⁷ übertragen werden könnten, würde dies die fehlende Begründungspflicht im Strafbefehl noch nicht rechtfertigen. Denn auch nach dieser besonderen Bestimmung ist eine Begründung, wenn auch eine abgekürzte, erforderlich. Somit besteht hier eine bedeutende Abweichung vom Normalverfahren.

4.2.3 Zwischenfazit

Die fehlende *Begründung* versetzt den Beschuldigten in eine schwierige Lage, 251 wenn er den Strafbefehl anfechten möchte und sich gegen die Vorwürfe verteidigen soll. Ohne Begründung ist ein Urteil oft nur schwer nachvollziehbar. Wer-

⁶¹⁵ Zur allgemeinen Tendenz (§ 160a zhGVG und Art. 82 chStPO), die Begründungspflicht aus prozessökonomischen Gründen einzuschränken, SCHMID, Strafprozessrecht, N 214.

⁶¹⁶ Gemäss Art. 82 Abs. 1 lit. b chStPO ist das Absehen von einer Begründung *nicht* möglich bei folgenden Rechtsfolgen: «[...] eine Verwahrung nach Artikel 64 StGB, eine Behandlung nach Artikel 59 Absatz 3 StGB oder, bei gleichzeitig zu widerrufenden bedingten Sanktionen, einen Freiheitsentzug von mehr als zwei Jahren [...]».

⁶¹⁷ Siehe hinten N 421.

den Strafzumessungserwägungen nicht offengelegt, wird es mangels Transparenz unmöglich, das Risiko eines Einspruchs abzuschätzen. Somit werden auch die Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt.

- 252 Der in Art. 44 Abs. 3 chStGB und § 409 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 268a Abs. 3 dStPO verlangten *Belehrung* über die Bedeutung einer Strafe auf Bewährung und die Folgen eines Widerrufs wird im Strafbefehlsverfahren mangels Gelegenheit höchstens schriftlich nachgekommen.⁶¹⁸ Dies bedeutet ebenfalls ein bedenkliches Defizit des Strafbefehlsverfahrens, welches es zu beheben gilt.

4.3 Eröffnung und Mitteilung

4.3.1 Gesetzliche Regelung

- 253 Gemäss der **zürcherischen** Bestimmungen in § 320 zhStPO wird der Strafbefehl «dem Bestraften, dem Leitenden Staatsanwalt und dem Geschädigten» schriftlich mitgeteilt. Die Mitteilung erfolgt unverzüglich nach den Bestimmungen der §§ 184 ff. zhGVG. Eine mündliche Eröffnung im Sinne von § 184 GVG ist nicht möglich.⁶¹⁹ Zulässig (und im Kanton Zürich häufig praktiziert) ist jedoch die Vorladung des Beschuldigten zur Übergabe und Erläuterung des Strafbefehls.⁶²⁰ Sodann muss der Bestrafte den Strafbefehl zur Kenntnis nehmen. Benötigt er dafür einen Dolmetscher, muss dies und die Bestätigung der Kenntnisnahme dokumentiert werden.⁶²¹ Die Einsprachefrist wird mit Übergabe bzw. Zustellung ausgelöst.⁶²²
- 254 Auch die **schweizerische** Regelung sieht die schriftliche Eröffnung vor.⁶²³ Die Kenntnisnahme durch den Beschuldigten ist ebenfalls Voraussetzung. Der Strafbefehl ist nach den allgemeinen Bestimmungen den einsprachebefugten Personen zuzustellen. Zu diesen zählen gemäss Art. 354 Abs. 1 lit. a–c chStPO die be-

⁶¹⁸ KK-ENGELHARDT, § 268a N 13: «Das Gesetz geht davon aus, dass die Belehrung mündlich erteilt wird. Die zusätzliche Aushändigung eines Merkblattes wird dadurch nicht ausgeschlossen. Im Strafbefehlsverfahren ist dies praktisch die einzig mögliche Belehrungsform.»

⁶¹⁹ Zum Ganzen eingehend Donatsch/Schmid-SCHMID, § 320 N 1.

⁶²⁰ So empfohlen in WBA Ziff. 48.2; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 320 N 1 f.

⁶²¹ KÜNG/HAURI/BRUNNER, § 320 N 2.

⁶²² Für den Fall, dass der Beschuldigte nicht auffindbar ist, wird eine öffentliche Publikation von Donatsch/Schmid-SCHMID, § 320 N 2, für grundsätzlich möglich aber unpraktikabel erachtet.

⁶²³ Art. 353 Abs. 3 chStPO: «Der Strafbefehl wird den Personen und Behörden, die zur Einsprache befugt sind, unverzüglich schriftlich eröffnet»; Art. 83 Abs. 2 chStPO «[...] oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, insbesondere durch die Polizei.»

schuldigte Person, weitere Betroffene sowie (soweit vorgesehen) die jeweilige Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft. Unter «den weiteren Betroffenen» werden nach den Materialien insbesondere Personen verstanden, welche im Zusammenhang mit Einziehungen in das Verfahren involviert sind,⁶²⁴ nicht jedoch der Privatkläger.⁶²⁵ Jedoch wird die Notwendigkeit einer Zustellung an diesen bisweilen aus Art. 84 chStPO abgeleitet, wonach Entscheide grundsätzlich an alle Parteien zuzustellen sind.⁶²⁶ Eine persönliche Übergabe des Strafbefehls unmittelbar nach Erlass ist gesetzlich zwar nicht vorgesehen, jedoch durchaus möglich. Sind die Voraussetzungen von Art. 88 chStPO für die öffentliche Bekanntmachung erfüllt, ist der Strafbefehl also beispielsweise nicht zustellbar, so gilt dieser auch ohne öffentliche Bekanntmachung als zugestellt.⁶²⁷

Auch in **Deutschland** ist der Strafbefehl förmlich zuzustellen.⁶²⁸ Eine mündliche Bekanntgabe reicht nicht aus.⁶²⁹ Eine Ersatzzustellung nach zivilprozessualen Vorschriften wird von der herrschenden Meinung als zulässig erachtet, eine öffentliche Zustellung aber im Hinblick auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht erlaubt.⁶³⁰ Gegen Abwesende ergeht in der Regel kein Strafbefehl. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Beschuldigte einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt hat.⁶³¹ Bei unbekanntem Aufenthalt des Beschuldigten kommt nur die vorläufige Einstellung des Verfahrens nach § 205 dStPO in Betracht. 255

4.3.2 Defizit

Unter dem Titel des Fairnessgrundsatzes kommen, zur bereits behandelten fehlenden inhaltlichen Nachvollziehbarkeit, die Kommunikationsprobleme bei der Eröffnung und Mitteilung des Strafbefehls.⁶³² Nach der gesetzlichen Regelung 256

⁶²⁴ Botschaft E StPO, S. 1241 (zur alten Fassung der Bestimmung Art. 358 E StPO).

⁶²⁵ Dazu hinten N 332; SCHMID, Handbuch N 1360, 1362, Fn. 43.

⁶²⁶ So bspw. SCHMID, Handbuch N 1360; anders aber ausdrücklich Botschaft E StPO, S. 1291, wonach sich die Zustellung des Strafbefehls nur *abgesehen von der summarischen Regelung in Absatz 3* nach den allgemeinen Regeln richtet. Dieser Abs. 3 besagt aber wiederum, dass der Strafbefehl nur denjenigen Personen und Behörden schriftlich eröffnet wird, die zur Einsprache befugt sind.

⁶²⁷ Art. 88 Abs. 4 chStPO; Botschaft E StPO, S. 1158; ist der Beschuldigte bereits im Stadium der Ermittlungshandlungen nicht auffindbar, wird das Verfahren sistiert; ein Abwesenheitsverfahren ist nicht vorgesehen, SCHMID, Handbuch, N 1357, Fn. 28.

⁶²⁸ Dies ergibt sich aus § 410 Abs. 1 S. 1 dStPO.

⁶²⁹ KK-FISCHER, § 409 N 18.

⁶³⁰ So bspw. KK-FISCHER, § 409 N 19; L/R-GÖSSEL, § 409 N 42 m.w.H.

⁶³¹ Bei Aufenthalt im Ausland steht dem Erlass des Strafbefehls nichts entgegen, wenn der Aufenthaltsort des Beschuldigten bekannt und eine Zustellung des Strafbefehls bspw. im Wege der Rechtshilfe möglich ist, dazu KK-FISCHER, § 407 N 36 m.w.H.

⁶³² Dazu eingehend, abschliessend und mit Beispielen RIKLIN, FS-Bolle, S. 117, 122 ff.

in beiden Ländern wird der Strafbefehl in Form eines vorgefertigten und mit Inhalten ergänzten Formulars ausgefertigt, dem Beschuldigten schriftlich eröffnet und zugestellt. Von diesem wird in der Folge erwartet, dass er den Inhalt ohne weitere Erklärung versteht und daraus erkennen kann, welche Folgen der Strafbefehl mit sich zieht und wie er gegebenenfalls dagegen vorzugehen hat. Jedoch ist zu bedenken, dass immerhin 10–20% der nicht mehr schulpflichtigen Einwohner der Schweiz und Deutschlands nicht richtig lesen können oder zumindest Schwierigkeiten haben, einen komplizierten Text zu verstehen. Grund für die Verständnisprobleme sind oft mangelnde Bildung und/oder das Nichtbeherrschen der Amtssprache.⁶³³

- 257 Die in Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK geforderte Übersetzung gilt nach herrschender Ansicht nur für die Belehrung.⁶³⁴ Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK gewährt aber jeder beschuldigten Person ausserdem das Recht auf «unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher [...], wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht». Dieses Recht ist keineswegs auf die Hauptverhandlung beschränkt, sondern dem Sinn nach schon auf das Vorverfahren und auf das Strafbefehlsverfahren anwendbar.⁶³⁵ Der Strafbefehl zählt nach herrschender Ansicht zu den übersetzungswürdigen Dokumenten.⁶³⁶ Im Falle der Fremdsprachigkeit liesse sich der Mangel also durch eine Übersetzung des Strafbefehls beheben. Dies ergibt aber nur dann einen Sinn, wenn das Nichtbeherrschen der Amtssprache schon im Voraus, beispielsweise anlässlich einer Einvernahme, erkannt wird. Ausserdem ist es im konkreten Einzelfall schwierig abzuschätzen, welche Sprachkenntnisse für das Verständnis eines amtlichen Textes ausreichen. Zudem muss vorher verlässlich abgeklärt werden können, in welche Sprache das Dokument zu übersetzen ist. Basierend auf dem Fairnessgrundsatz des Art. 6 Abs. 1 EMRK gelten obige Ausführungen nach herrschender Ansicht auch bei fehlenden intellektuellen Fähigkeiten des Beschuldigten. In solchen Fällen wäre eine einfache mündliche Erläuterung mit entsprechender Rückfrage hilfreich. Allerdings ist selbst dann schwierig zu erkennen, wann eine solche aufgrund intellektueller Schwierigkeiten notwendig ist.⁶³⁷

⁶³³ Zu den Ergebnissen der PISA-Studie hinsichtlich der Verbreitung des Illetrismus in der Schweiz und in Deutschland siehe RIKLIN, GA 2006, S. 506; DERS., FS-Bolle, S. 122 m.w.H.; DERS., Strafbefehl, S. 775; DERS., plädoyer 4/06, S. 30; zur Thematik siehe auch GILLIÉRON/KILLIAS, S. 384, 391; GILLIÉRON, S. 129 ff.; SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 531.

⁶³⁴ SIMON, S. 18.

⁶³⁵ Zu Entwicklung, EGMR-Rechtsprechung und Literatur SIMON, S. 145 ff., 152 f.; anders noch VOGLER, EuGRZ 1979, S. 644 f., der einen solchen Anspruch m.H. auf die «minderschwere Vergehenskriminalität» beim Strafbefehl verneinte.

⁶³⁶ RIKLIN, Strafbefehl, S. 776.

⁶³⁷ DONATSCHE, ZStrR 1994, S. 328 m.H. auf die EGMR-Rechtsprechung.

4.4 Rechtskraftwirkung des Strafbefehls

4.4.1 Gesetzliche Regelung

Im Kanton **Zürich** und nach **schweizerischer** Regelung unterliegt der rechtskräftige Strafbefehl der Wirkung des Grundsatzes *ne bis in idem*.⁶³⁸ Danach zieht ein materiell rechtskräftiges Urteil grundsätzlich einen Strafklageverbrauch mit sich. Die herrschende Lehre in der Schweiz geht davon aus, dass darunter nicht nur das Verbot der doppelten Bestrafung, sondern auch jener der doppelten Verfolgung fällt. Damit wird bereits ein zweites Ermittlungsverfahren bei Identität von Tat und Täter zu einer konventions- und verfassungswidrigen Handlung.⁶³⁹ Eine einfache erneute Aufnahme der Strafverfolgung in derselben Sache ist nach einem rechtskräftigen Strafbefehl im zürcherischen Recht denn auch ausgeschlossen.⁶⁴⁰ Möglich ist eine erneute Beurteilung der Sache einzig über das formelle Wiederaufnahmeverfahren (Revision) gemäss § 439 ff. zhStPO und Art. 410 ff. chStPO, worin sich aber keine Abweichung vom rechtskräftigen Urteil zeigt. Zwar wird in der zürcherischen Regelung der Strafbefehl dem Urteil nicht ausdrücklich gleichgestellt, doch ergibt sich aus § 439 Ziff. 1 zhStPO, dass Strafbefehle und Urteile beide der Revision unterliegen. Zudem folgt aus dem Fehlen einer abweichenden Regelung, dass sich die Voraussetzungen nicht von denjenigen bei einem Urteil unterscheiden.⁶⁴¹ Der schweizerische Art. 410 Abs. 1 chStPO setzt den Strafbefehl dem Urteil im Wiederaufnahmeverfahren

⁶³⁸ Art. 4 Abs. 1 7. Zusatzprotokoll zur EMRK; Art. 14 Abs. 7 IPBPR; eingehend zur Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Grundsatz *ne bis in idem* ACKERMANN/EBENSPERGER, S. 823 ff.; zur materiellen Rechtskraft des Strafbefehls DONATSCH, ZStrR 1994, S. 348; HAUSER, Anklage, S. 30; RIEDER, S. 246 f.; Donatsch/Schmid-SCHMID § 317 N 30; DERS., Handbuch, N 1363.

⁶³⁹ Zur Situation in der Schweiz und zu den verschiedenen Auffassungen von Tatidentität ACKERMANN/EBENSPERGER, S. 833 f. mit zahlreichen Hinweisen.

⁶⁴⁰ SCHMID, Strafprozessrecht, N 913 (insbesondere der entsprechende Verweis im Sachregister, «Rechtskraft von Strafbefehl»); zur materiellen und formellen Rechtskraft des Strafbefehls HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 7, § 84 N 4 ff., 14 ff.; anders aber bspw. im Kanton Bern, wo der Strafbefehl («Strafmandat») nicht als Urteil angesehen wird und dementsprechend die Sperrwirkung nicht gilt. Ergibt sich später, dass eigentlich eine schwerere Strafdrohung gelten müsste, ist eine erneute Strafverfolgung zulässig, MAURER, S. 423; AESCHLIMANN, S. 385 f.; ähnlich steht im Kanton Thurgau bei einem (eine Übertretung betreffenden) Strafbefehl («Strafverfügung») einer neuen Strafuntersuchung bezüglich desselben Sachverhalts wegen eines Verbrechens oder Vergehens nichts entgegen, § 134 Abs. 4 tgStPO, OBERHÄNSLI, S. 109 ff.; DONATSCH, ZStrR 1994, S. 348, geht aber davon aus, dass dem Grundsatz *ne bis in idem* Vorrang vor den abweichenden kantonalen Regelungen gegeben werden muss.

⁶⁴¹ Anders aber noch vor der Revision von 1941, siehe HAUSER, Anklage, S. 29.

gar ausdrücklich gleich. Aufgrund mangelnder Abweichung vom Normalverfahren ist auf die Revisionsgründe vorliegend nicht weiter einzugehen.

- 259 Die Rechtskraft des **deutschen** Strafbefehls unterliegt heute gemäss der Formulierung in § 410 Abs. 3 dStPO in der Fassung seit 1987 ebenfalls ausdrücklich der Sperrwirkung des Grundsatzes *ne bis in idem*.⁶⁴² Bis dahin war dem Strafbefehl nur eine beschränkte Rechtskraft zugesprochen worden und dem Urteil im Umfang der materiellen Rechtskraft in der Praxis nicht gleichgestellt. Diese Praxis wurde durch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligt.⁶⁴³ Das Verfahren nach einem Strafbefehl konnte danach auch ohne formelles Wiederaufnahmeverfahren erneut angehoben werden, wenn ein neuer rechtlicher Gesichtspunkt auftauchte, der eine erhöhte Strafbarkeit begründete.⁶⁴⁴ Dies wurde mit dem Argument gerechtfertigt, eine unvollständige Sachaufklärung liege in der Natur des Strafbefehlsverfahrens.⁶⁴⁵ Diese Praxis widersprach aber unter anderem den Regelungen anderer verkürzter Verfahren, bei welchen die erneute Strafverfolgung stets an strengere Voraussetzungen geknüpft war.⁶⁴⁶ Auch war mit § 373a dStPO schon längst eine besondere Bestimmung für die formelle Wiederaufnahme des Verfahrens nach einem Strafbefehl geschaffen worden.⁶⁴⁷ Diese Bestimmung lässt heute für die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Verurteilten mehr Raum als nach einem Urteil.⁶⁴⁸ So ist die Wiederaufnahme bei einem Strafbefehl zuungunsten des Verurteilten auch dann möglich, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen.⁶⁴⁹ Neu sind nur Tatsachen und Beweismittel, die nicht aus den Akten er-

⁶⁴² Eingeführt durch Art. 1 Nr. 27 des StVÄG 1987; KK-FISCHER, § 410 N 15; L/R-GÖSSEL, § 410 N 20 ff.; KIRCH, S. 57 m.w.H.; auch RANFT, S. 640, sieht im deutschen Recht einem möglichen Verstoss gegen *ne bis in idem* vorgebeugt.

⁶⁴³ BVerfGE 3, 248, 254; eingehend VOGLER, Rechtskraft, S. 3 ff.; L/R-GÖSSEL, § 410 N 20; zur Situation Ende der 1970er Jahre siehe ACHENBACH, ZRP 1977, S. 86 ff.; DERS., NJW 1979, S. 2021 ff.

⁶⁴⁴ Kritisch zur alten Praxis PETERS, Strafprozess, S. 565; eine eingehende Auseinandersetzung mit den damaligen Ansichten bei VOGLER, Rechtskraft, S. 9 ff., 20 ff., 101 f.

⁶⁴⁵ BVerfGE 3, 248, 254.

⁶⁴⁶ So bei der Einstellung nach § 153a Abs. 1 S. 4 dStPO; BT-Drucks. 10/1313, S. 32.

⁶⁴⁷ Eingeführt durch die 3. Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. Mai 1943 (RGBl. I, S. 342); dazu KIRCH, S. 58 f.

⁶⁴⁸ Für das Wiederaufnahmeverfahren siehe § 359 ff. dStPO; die Gründe für eine Wiederaufnahme nach einem ordentlichen rechtskräftigen Urteil zuungunsten des Verurteilten sind in § 362 dStPO geregelt und umfassen Unregelmässigkeiten wie namentlich falsche Urkunden, falsche Zeugenaussagen, Verletzung der Amtspflichten und das nachträgliche Geständnis; siehe dazu auch hinten N 512.

⁶⁴⁹ Gemäss BT-Drucks. 10/1313, S. 33, wird der unnötige Einsatz knapper Kapazitäten vermieden, wenn «eine klare gesetzgeberische Entscheidung es den Strafverfol-

sichtlich sind.⁶⁵⁰ Bei einer lediglich falschen rechtlichen Subsumtion ist eine Wiederaufnahme unzulässig. Es ist heute also auch im deutschen Recht keine informelle erneute Strafverfolgung mehr zulässig und die Auffassung von der beschränkten Rechtskraft veraltet.⁶⁵¹

4.4.2 Defizit

Auch wenn der Grundsatz *ne bis in idem* in beiden Ländern nicht unmittelbar verletzt wird, so ist der Umfang der materiellen Rechtskraft des deutschen Strafbefehls dennoch nicht gleich demjenigen eines deutschen Urteils. Das Wiederaufnahmeverfahren bei einem Strafbefehl gemäss § 373a dStPO ist für deutsche Massstäbe ungewöhnlich grosszügig ausgestaltet. Dies stellt im Ergebnis eine Abweichung vom Normalverfahren dar, welche einer Begründung bedarf.⁶⁵² Eine solche kann indes nicht schon im Argument von *Geis* gesehen werden, die Vorschrift des § 373a Abs. 1 dStPO trage den Unzulänglichkeiten des Strafbefehlsverfahrens Rechnung.⁶⁵³ Eine solche Argumentation erscheint, von einem Vertreter der Unterwerfungstheorie geäussert, zwar durchaus konsequent. Jedoch begründet auch *Fischer* (als ausdrücklicher Verfechter der Überzeugungstheorie) diese Abweichung mit der Natur des Strafbefehlsverfahrens, welches nur bei Vergehen zulässig sei und deshalb eine Wiederaufnahmemöglichkeit für den Fall vorsehen müsse, dass sich die Tat nachträglich als Verbrechen herausstelle.⁶⁵⁴ Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen, kann doch exakt dieselbe Situation auch im Normalverfahren auftreten, ohne dass dort eine Wiederaufnahme möglich wäre. Als bestechendes Argument könnte man hier wohl einzig die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens anführen. Jedoch ist diesem Mangel bevorzugt durch Massnahmen zu begegnen, welche die Rechte des Beschul-

gungsbehörden gestattet, das Verfahren nur dort fortzusetzen, wo dies aus Gerechtigkeitsgründen unerlässlich ist» und damit also bei Verbrechen.

⁶⁵⁰ L/R-GÖSSEL, § 359 N 92 m.w.H.; ähnliches ergibt sich aus den §§ 84 ff. OWiG für das Ordnungswidrigkeitenrecht: Liegt im Verfahren nach OWiG ein Bussgeldbescheid vor, gilt *ne bis in idem* nur im Hinblick auf eine weitere Verfolgung nach Ordnungswidrigkeitenrecht. Hat aber ein Richter über eine Ordnungswidrigkeit im Rahmen eines Strafverfahrens erkannt (§ 81 OWiG), gilt die übliche Sperre gemäss §§ 359–373a dStPO.

⁶⁵¹ L/R-GÖSSEL, § 410 N 21.

⁶⁵² So kommt auch *GEIS*, S. 44, zum Schluss, dass diese erweiterte Möglichkeit der Rechtskraftdurchbrechung mit Blick auf den Grundsatz *ne bis in idem* ein schwerwiegender Eingriff in die Rechte des Betroffenen ist und deshalb einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

⁶⁵³ So *GEIS*, S. 45, der dieses Argument denn auch dazu benutzt, die Ablehnung der Überzeugungstheorie zu untermauern.

⁶⁵⁴ *KK-FISCHER*, § 373a N 2 ff., Vorbem. zu §§ 407 ff. N 4, § 410 N 15; mit gleicher Begründung auch *RANFT*, S. 640.

digten nicht noch weitergehender beschneiden, als dies im Strafbefehlsverfahren ohnehin bereits notwendigerweise geschieht.

4.5 Fazit

- 261 Der Strafbefehl gilt in beiden Ländern nach Erlass als suspensiv bedingtes Urteil, welches durch Einsprache aufgehoben werden kann. Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl nach Ablauf der Frist zum rechtskräftigen Urteil.
- 262 Inhalt und Form der Eröffnung eines Entscheides haben einen bedeutenden Einfluss auf die Gesamtqualität eines Verfahrens und dabei auch auf den Einklang des Verfahrens mit den Verfahrensprinzipien. Insbesondere die Anforderungen an Begründung und Belehrung sowie die Art der Eröffnung und Mitteilung bestimmen den Umfang der Verteidigungsmöglichkeiten, die dem Beschuldigten zur Verfügung stehen und treffen damit den Fairnessgrundsatz im Kern.
- 263 Der Strafbefehl müsste deshalb eigentlich den inhaltlichen Anforderungen an ein Urteil genügen. Dies ist in der Schweiz zwar grundsätzlich erforderlich, dennoch werden Begründungen und Belehrungen nur eingeschränkt verlangt. In Deutschland muss der Strafbefehl nur den Anforderungen an die Anklageschrift entsprechen. Insgesamt sind Begründung und Belehrung im Strafbefehl nur sehr eingeschränkt vorgesehen.
- 264 Die fehlende Begründung versetzt den Beschuldigten in eine schwierige Lage, wenn er den Strafbefehl anfechten möchte und sich gegen die Vorwürfe verteidigen soll. Werden Strafzumessungserwägungen nicht offengelegt, wird es mangels Transparenz unmöglich, das Risiko eines Einspruchs abzuschätzen, auch werden die Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt. Damit besteht in beiden Ländern diesbezüglich eine mangelhafte Gewährung des rechtlichen Gehörs. Dazu kommt, dass eine Verurteilung ohne Belehrung über die Bedeutung einer Strafe auf Bewährung und die Folgen eines Widerrufs weder dem Fairnessprinzip noch den Bestimmungen über die Bewährungsstrafe gerecht wird.
- 265 Zur fehlenden inhaltlichen Nachvollziehbarkeit kommen die Kommunikationsprobleme bei der schriftlichen Eröffnung und Mitteilung des Strafbefehls. So wird der Strafbefehl dem Beschuldigten lediglich schriftlich zugestellt. Es kann nicht garantiert werden, dass der Beschuldigte vom Strafbefehl Kenntnis nimmt und es ist nicht eruierbar, ob dieser den Inhalt des Strafbefehls in intellektueller und sprachlicher Hinsicht überhaupt versteht.
- 266 Der Grundsatz *ne bis in idem* wird im Strafbefehlsverfahren beider Länder nicht unmittelbar verletzt, da eine doppelte Verfolgung und Bestrafung einer bereits mit Strafbefehl abgeurteilten Tat nicht (mehr) möglich ist. Dennoch entspricht der Umfang der materiellen Rechtskraft des deutschen Strafbefehls durch das «gelockerte» Wiederaufnahmeverfahren in § 373a dStPO nicht demjenigen eines Urteils. Eine überzeugende Begründung dafür konnte nicht gefunden werden.

Hinzu kommt, dass die Qualität des Strafbefehls wiederum Einfluss auf die Anwendung von konsensualen Rechtfertigungsgründen für das Strafbefehlsverfahren hat. Für einen gültigen Verzicht auf ein Normalverfahren muss die Möglichkeit zur Einsprache auch faktisch gegeben sein. Wird der Adressat des Strafbefehls nicht genügend belehrt, versteht er den Inhalt des Strafbefehls nicht oder hat er den Strafbefehl nie gesehen, besteht diese Möglichkeit faktisch nicht. 267

Insgesamt handelt es sich bei den genannten Defiziten nicht um strukturelle. Die Tatsache, dass das Strafbefehlsverfahren ein schriftliches Verfahren ist, schliesst mündliche Belehrungen und Erläuterungen, geeignete Merkblätter und Übersetzungen nicht aus. Auch müssten Zustellungsfiktionen und Ersatzzustellungen von Strafbefehlen als mit dem Fairnessgrundsatz nicht vereinbar und daher unzulässig erklärt werden. Schliesslich wäre die Wiederaufnahmeregelung im deutschen Recht jener des Urteils anzupassen bzw. ersatzlos zu streichen. 268

5. Strafbefehlsbehörde und Strafbefehlsverfahren

i.e.S.

Da das Vorverfahren bei einem erwarteten Strafbefehl abgesehen vom möglichen Verzicht auf Untersuchungseröffnung im zürcherischen und schweizerischen Recht nicht vom ordentlichen Vorverfahren abweicht, setzt das Strafbefehlsverfahren im engeren Sinne erst nach Abschluss des Vorverfahrens ein. In diesem Zusammenhang unterscheiden sich die Regelungen in den beiden Ländern in Bezug auf die Zuständigkeiten, den Ermessensspielraum und den Ablauf des Strafbefehlsverfahrens im engeren Sinne wesentlich voneinander. 269

5.1 gesetzliche Regelung

5.1.1 zhStPO

a) Zuständigkeit

Als Strafbefehlsbehörde fungiert im Kanton Zürich gemäss § 317 Abs. 1 zhStPO die Staatsanwaltschaft. Somit wird der Strafbefehl von der Untersuchungsbehörde selbst erlassen.⁶⁵⁵ 270

Die Kompetenzregelungen innerhalb der Staatsanwaltschaft wurden in den letzten Jahren im «Interesse der Rationalisierung und Effizienz»⁶⁵⁶ mittels Delega- 271

⁶⁵⁵ Zur rechtsstaatlichen Problematik dieser Zuständigkeit, SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 528; zur Unterscheidung der Strafbefehlskompetenz nach schweizerischem und deutschem Recht, EICKER, S. 19 f.

tionsnormen nach unten erweitert. So können seit der Revision der zürcherischen Strafprozessordnung im Jahre 2003 gemäss § 25 Abs. 3 S. 1 zhStPO die Untersuchung und der Abschluss des Verfahrens – unter gewissen Voraussetzungen – an juristisch ausgebildete Sekretäre und Sachbearbeiter mit Untersuchungskompetenz delegiert werden.⁶⁵⁷ Die Delegationsnorm beinhaltet einen eng umschriebenen Anwendungsbereich, welcher indes exakt demjenigen des Strafbefehlsverfahrens entspricht.⁶⁵⁸ Da gemäss Abs. 3 S. 2 dieser Delegationsvorschrift die Anklageerhebung und die Einstellung des Verfahrens nach wie vor dem Staatsanwalt vorbehalten sind, ist die Delegation eines Verfahrensabschlusses nur für den Abschluss mittels Strafbefehls möglich. Ausgeschlossen ist eine Delegation der Strafbefehlskompetenz gemäss § 317 Abs. 3 zhStPO einzig dann, wenn eine *unbedingte* Freiheitsstrafe oder ein entsprechender Widerruf in Aussicht stehen. Im Vorentwurf der Revision 2003 war zudem vorgeschlagen worden, den Strafbefehl vor Erlass dem Leitenden Staatsanwalt zur Genehmigung zu unterbreiten und dafür auf dessen Einspracheberechtigung zu verzichten. In der Vernehmlassung wurde dieser Vorschlag jedoch mit der Begründung abgelehnt, eine Genehmigungspflicht würde das Verfahren verzögern und insbesondere die direkte Aushändigung des Strafbefehls an den Beschuldigten verunmöglichen.⁶⁵⁹ Im Ergebnis ist es heute demnach möglich und üblich, dass juristische Sekretäre und Sachbearbeiter in eigenem Namen Strafbefehle erlassen.

b) Ermessen

- 272 Im Kanton Zürich besteht bei Vorliegen aller Voraussetzungen die Pflicht zum Erlass eines Strafbefehls, selbst wenn die Staatsanwaltschaft aus spezialpräventiven Gründen (Warnwirkung) die Durchführung einer Hauptverhandlung für

⁶⁵⁶ DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 18.

⁶⁵⁷ Gesetz über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung vom 27. Januar 2003 (OS 59, 22), in Kraft seit 1. Januar 2005 (OS 59, 302); die Delegation des Verfahrensabschlusses auf Polizeibeamte ist nicht möglich (§ 25 Abs. 2 S. 1 zhStPO und § 25 Abs. 3 zhStPO e contrario); DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 22 f.

⁶⁵⁸ § 25 Abs. 3 zhStPO: «[...] wenn entweder nur eine Busse oder eine Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten, eine Geldstrafe von höchstens 90 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von höchstens 360 Stunden allenfalls verbunden mit einer Busse zu erwarten ist.»; nach DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 22 f., ist diese Einschränkung wegen des geringeren Legitimationsgrades der Mitarbeiter im Vergleich zu den Staatsanwälten notwendig; zum Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens siehe eingehend hinten N 366 ff.

⁶⁵⁹ Siehe Antrag RR 2001, S. 526 («Auf eine Genehmigungspflicht soll verzichtet und weiterhin die heutige Regelung mit Einsprachemöglichkeit der Leitenden Staatsanwältin bzw. des Leitenden Staatsanwaltes beibehalten werden»); vgl. dementsprechend die Einspracheberechtigung des Leitenden Staatsanwaltes in § 231 zhStPO.

angebracht hält.⁶⁶⁰ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 317 Abs. 1 zhStPO («erlässt») und damit aus dem Fehlen einer *Kann*-Vorschrift. Auch eine mit Sicherheit erwartete Einsprache entbindet den Staatsanwalt nicht von der Pflicht, einen Strafbefehl zu erlassen.⁶⁶¹ Allerdings steht diesem implizit doch ein gewisses Ermessen zu. So kann und muss er darüber entscheiden, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls tatsächlich erfüllt sind, namentlich ob ein rechtsgenügendes Geständnis vorliegt und ob eine Strafe im Anwendungsbe-
reich des Strafbefehlsverfahrens angemessen ist.⁶⁶²

c) Verfahren

Hat der Staatsanwalt die Voraussetzungen geprüft und erachtet er diese als erfüllt, so erlässt er einen Strafbefehl. Wird innert Frist keine Einsprache erhoben und der Strafbefehl damit rechtskräftig, so erschöpft sich das Strafbefehlsverfahren im engeren Sinne in dieser einen Handlung. 273

5.1.2 chStPO

a) Zuständigkeit

Nach schweizerischem Recht tritt gemäss Art. 352 Abs. 1 chStPO ebenfalls die untersuchende Staatsanwaltschaft als Strafbefehlsbehörde auf.⁶⁶³ Ausserdem sind bei Übertretungen, je nach Ausgestaltung in den Kantonen, besondere Übertretungsstrafbehörden zum Erlass eines Strafbefehls befugt.⁶⁶⁴ Die schweizerische Strafprozessordnung regelt die Organisation der Strafbehörden nur in-

⁶⁶⁰ RIEDER, S. 243, sieht darin das Korrelat zum Verbot, auf den Beschuldigten einen unzulässigen Druck auszuüben, um ein Geständnis zu erreichen und das Verfahren somit in eigener Zuständigkeit möglichst bald abschliessen zu können; auch HAUSER, Anklage, S. 27 f.; siehe dazu hinten N 310.

⁶⁶¹ ALTORFER, S. 54; HAUSER, Anklage, S. 27; ZR 97 Nr. 9; SCHMID, Strafprozessrecht, N 911a; WBA Ziff. 48.1 unter Verweis auf Art. 59 zhKV.

⁶⁶² Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 28, der Strafbefehl kann nur durch eine über den Strafbefehlsbereich hinaus erhöhte Straffestsetzung umgangen werden; zum freien Ermessen des Bezirksamtmanns im Kanton Aargau siehe SCHWITTER, S. 142 f.

⁶⁶³ Dass dies nicht in allen Kantonen klanglos akzeptiert wurde, zeigt bspw. das Votum Maissen über die Haltung des Kantons Graubünden zur Verschiebung der Zuständigkeit vom Kreisrichter auf den Staatsanwalt, in den Beratungen des Ständerates, AB SR 2006, S. 1048 f.: «[...] rechtsstaatlich und staatspolitisch bedenklich, wenn ein und dieselbe Person untersucht und anklagt und dann auch noch urteilt. Ein solches Gerichtswesen entspricht nicht unserem Staatsverständnis [...]; es wird erwartet, dass das Urteil von einem freien, unabhängigen und gewählten Richter gefällt wird.»

⁶⁶⁴ SCHMID, Handbuch, N 1353; Art. 17 und 357 chStPO; siehe bereits vorne N 115.

soweit, als dies für die Durchführbarkeit unerlässlich ist,⁶⁶⁵ nachdem die Ausgestaltung der Gerichtsorganisation grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone verblieben ist.⁶⁶⁶ In Art. 12 chStPO werden drei Arten von Strafverfolgungsbehörden ausdrücklich vorgesehen. Danach existieren als solche nur die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstrafbehörden. Gemäss Art. 14 chStPO bestimmen Bund und Kantone ihre Strafbehörden und deren Bezeichnungen jedoch selbst (Abs. 1) und regeln Wahl, Zusammensetzung, Organisation und Befugnisse der Strafbehörden, soweit Bundesgesetze dies nicht abschliessend regeln (Abs. 2). Da eine Delegation innerhalb der Behörden nicht ausgeschlossen ist, bleibt eine solche Regelung den jeweiligen Kantonen vorbehalten.⁶⁶⁷ Damit steht der vertikalen Kompetenzdelegation bei Verfahrensabschlüssen auch nach schweizerischem Recht nichts im Wege und es ist naheliegend, dass in den Kantonen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. So sieht beispielsweise § 101 zhGOG die Möglichkeit der Ernennung von Assistenzstaatsanwälten vor. Diesen kommen beim Erlass von Strafbefehlen beschränkte Befugnisse zu (§ 102 Abs. 3 zhGOG). Für den Kanton Zürich bedeutet dies konkret, dass die bereits heute tätigen juristischen Sekretäre sowie Sachbearbeiter mit Untersuchungsaufgaben (Adjunkte) neu als Assistenzstaatsanwälte bezeichnet werden, ihre heutigen Befugnisse aber erhalten bleiben.⁶⁶⁸

b) Ermessen

- 275 Im schweizerischen Recht ergibt sich das Fehlen des staatsanwaltschaftlichen Ermessens ebenfalls aus dem Wortlaut von Art. 352 Abs. 1 chStPO («so erlässt»), welcher weder einen positiven Hinweis, noch eine *Kann*-Vorschrift enthält. Somit muss der Staatsanwalt bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Strafbefehl erlassen – auch wenn der Beschuldigte nicht geständig ist.⁶⁶⁹ Allerdings ergibt sich auch hier das implizite Ermessen des Staatsanwaltes aus dessen Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen erfüllt sind.

c) Verfahren

- 276 Hat der Staatsanwalt die Voraussetzungen geprüft und erachtet er diese als erfüllt, erlässt er einen Strafbefehl. Wird innert Frist keine Einsprache erhoben und

⁶⁶⁵ Botschaft E StPO, S. 1087, so gehören zu einem einheitlichen Prozessrecht ein einheitliches Strafverfolgungsmodell, eine einheitliche Umschreibung der sachlichen Zuständigkeit der Strafgerichte sowie ein einheitliches Rechtsmittelsystem.

⁶⁶⁶ Art. 123 Abs. 2 BV.

⁶⁶⁷ So ausdrücklich in Art. 142 Abs. 1 S. 2 chStPO für die Delegation von Einvernahmen bzw. Art. 311 Abs. 1 S. 2 chStPO für die Delegation von Untersuchungshandlungen; kritisch zu diesen beiden Vorschriften SCHMID, Handbuch, N 1353.

⁶⁶⁸ Siehe dazu Komm. zhVEGOG, 5. Teil, S. 7 f. zu den §§ 102 f. zhVEGOG.

⁶⁶⁹ SCHMID, Handbuch, N 1354.

der Strafbefehl damit rechtskräftig, erschöpft sich das eigentliche Strafbefehlsverfahren in dieser einzigen Handlung.

5.1.3 dStPO

a) Zuständigkeit

In Deutschland leitet die Staatsanwaltschaft bei vorliegenden Voraussetzungen 277 gemäss § 407 Abs. 1 dStPO mit einem schriftlichen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls das Strafbefehlsverfahren beim zuständigen Amtsgericht ein. Während die Staatsanwaltschaft damit Anklägerin bleibt, besitzt der Strafrichter⁶⁷⁰ formelle Entscheidungsbefugnis.⁶⁷¹ Der Strafbefehlsantrag ist dabei eine besondere Form der Erhebung der öffentlichen Klage, ein Zwischenverfahren findet jedoch nicht statt.⁶⁷² Für den Erlass eines Strafbefehls wird die gänzliche Übereinstimmung von staatsanwaltlicher und richterlicher Bewertung verlangt. Erachtet der Richter den Angeschuldigten nicht für hinreichend verdächtig, so lehnt er gemäss § 408 Abs. 2 S. 1 dStPO den Erlass des Strafbefehls ab. Hat der Richter Bedenken, ohne eine Hauptverhandlung zu entscheiden, will er von der rechtlichen Beurteilung im Strafbefehlsantrag abweichen oder eine andere als die beantragte Rechtsfolge festsetzen, muss er gemäss § 408 Abs. 3 S. 2 dStPO einen Termin für die Hauptverhandlung anberaumen. Dies geschieht aber erst, nachdem der Richter der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Abänderung des Antrags gegeben hat und ein solcher Einigungsversuch gescheitert ist.⁶⁷³ Delegationsnormen für den Antrag oder den Erlass eines Strafbefehls existieren nach deutschem Recht nicht.⁶⁷⁴

b) Ermessen

Nach deutschem Recht ist der Staatsanwalt seit einer Änderung im Jahre 1987 278 verpflichtet, einen Strafbefehl zu beantragen, wenn die Voraussetzungen erfüllt

⁶⁷⁰ KK-FISCHER, § 408 N 7, die sachliche Zuständigkeit des Schöffengerichts besteht nach § 25 dGVG seit dem RPfEntlG nur noch bei Strafbefehlserlass in der Hauptverhandlung i.S.v. § 408a dStPO, sonst ist ein an das Schöffengericht gerichteter Antrag mit Beschluss nach § 407 Abs. 1 S. 1 dStPO an den Strafrichter abzugeben.

⁶⁷¹ ERBE, S. 26 f.; MÜLLER, S. 48, 56 ff.; vgl. aber den Vorschlag von HAUSEL, S. 94 f., die Rechtsprechungskompetenz im deutschen Strafbefehlsverfahren (zumindest bei Geldstrafen) dem Staatsanwalt zu überlassen.

⁶⁷² MEYER-GOSSNER, § 407 N 5.

⁶⁷³ MÜLLER, S. 75; KK-FISCHER, § 408 N 17; dies ergibt sich e contrario aus § 408 Abs. 3 S. 2 dStPO «und die Staatsanwaltschaft bei ihrem Antrag beharrt», bzw. aus Nr. 178 Abs. 1 und 2 RiStBV.

⁶⁷⁴ Referendare können gemäss § 142 Abs. 3 dGVG von Amtsanwältinnen und im Einzelfall von Staatsanwältinnen übertragene Aufgaben (unter Aufsicht) wahrnehmen, dies entspricht aber keiner eigentlichen Delegation.

sind und er insbesondere eine Hauptverhandlung für nicht erforderlich hält.⁶⁷⁵ Der veränderte Wortlaut hat aber heute lediglich den Effekt einer Wertungsleitlinie, das Ermessen des Staatsanwaltes ist immer noch Grundlage seiner Entscheidung.⁶⁷⁶ Dies ergibt sich bereits aus dem weiten Ermessen, welches dem Staatsanwalt bei der Beurteilung der Voraussetzung einer nicht erforderlichen Hauptverhandlung zukommt. Auch das überwiegende Interesse der Öffentlichkeit an einer Hauptverhandlung und spezial- sowie generalpräventive Gründe gelten dabei als Kriterien.⁶⁷⁷ Eine Einschränkung dieses weiten Ermessensspielraums ergibt sich also nicht aus der Norm selbst, sondern muss aus gesetzlichen und übergesetzlichen Prinzipien hergeleitet werden.⁶⁷⁸ Jedenfalls aber bietet dieses Ermessen genügend Raum für alle denkbaren Motive, aus welchen der Staatsanwalt eine Anklage dem Strafbefehlsantrag vorziehen könnte.⁶⁷⁹ Allerdings wird in den Richtlinien betont, dass der Erlass eines Strafbefehls nicht schon wegen eines erwarteten Einspruchs nicht beantragt werden solle.⁶⁸⁰ Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft bezüglich der Wahl der Verfahrensart ist unanfechtbar, weder das Gericht noch der Beschuldigte können das Strafbefehlsverfahren erzwingen.⁶⁸¹ Im Ergebnis liegt es in Deutschland also immer noch im Ermessen des Staatsanwaltes, bei hinreichendem Tatverdacht einen Strafbefehl zu beantragen oder eine andere Art der öffentlichen Klageerhebung zu wählen.⁶⁸²

c) Verfahren

- 279 Entscheidet sich der deutsche Staatsanwalt für die Erledigung mittels Strafbefehl, so leitet er das Strafbefehlsverfahren mit einem schriftlichen, unterzeichneten Antrag mit Aktenanlage beim zuständigen Amtsgericht ein.⁶⁸³ Dieser Antrag ist Prozessvoraussetzung für das nachfolgende richterliche Verfahren und enthält im Gegensatz zur Anklageschrift bereits die beantragte Rechtsfolge.⁶⁸⁴

⁶⁷⁵ Bis zum Strafverfahrensänderungsgesetz von 1987 stand es im pflichtgemässen Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie den Antrag auf Erlass des Strafbefehls stellte oder sich für das Normalverfahren entschied, KIRCH, S. 32 ff.; siehe auch KK-FISCHER, § 407 N 4; MALEIKA, S. 16; MÜLLER, S. 324; SCHORN, S. 22.

⁶⁷⁶ KIRCH, S. 32, 34.

⁶⁷⁷ Zu letzteren SK-WESSLAU, § 407 N 7; Nr. 175 Abs. 3 RiStBV.

⁶⁷⁸ MÜLLER, S. 275 m.w.H. zur Beschränkung des Ermessens durch das Verhältnismässigkeitsprinzip und Art. 3 Abs. 1 GG (S. 276); MALEIKA, S. 16 zum Ermessen des Staatsanwaltes im Zusammenhang mit den Strafzweckgründen und S. 26 zu den entsprechenden Bedenken des Richters.

⁶⁷⁹ Der Ausdruck «zwingend» bei MALEIKA, S. 15, deshalb etwas undifferenziert.

⁶⁸⁰ RiStBV Nr. 175 Abs. 3 S. 2.

⁶⁸¹ SK-WESSLAU, § 407 N 6; KK-FISCHER, § 407 N 5; KIRCH, S. 33 f.; SCHORN, S. 23.

⁶⁸² Zur Staatsanwaltschaft als «Schaltstelle», MÜLLER, S. 61.

⁶⁸³ In der Praxis handelt es sich dabei regelmässig um einen lediglich noch zu unterzeichnenden Strafbefehlsentwurf, MÜLLER, S. 64; zustimmend MALEIKA, S. 15 f.

⁶⁸⁴ MÜLLER, S. 62 m.w.H.

Der Antrag muss ansonsten den Anforderungen an eine Anklageschrift genügen und führt zur Rechtshängigkeit des Verfahrens.⁶⁸⁵

Geht beim deutschen Richter ein Antrag auf Erlass eines Strafbefehls ein, prüft dieser nach Feststellung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit,⁶⁸⁶ ob der hinreichende Tatverdacht auch aus seiner Sicht erfüllt ist, eine Verurteilung also unter Einbezug aller Faktoren wahrscheinlich ist.⁶⁸⁷ Bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung und/oder des hinreichenden Tatverdachts lehnt er den Antrag durch Beschluss ab, gegen welchen dem Staatsanwalt wiederum das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zusteht.⁶⁸⁸ Der Richter ist jedoch auch befugt, selbständig gewisse Nachermittlungen durchzuführen, wenn er die Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft nicht für ausreichend hält.⁶⁸⁹ Bestehen hingegen Bedenken in der Art, dass der Richter basierend auf den Akten zwar den hinreichenden Tatverdacht bejaht, dieser sich aber nicht zu einer «Aktenüberzeugung» verdichtet oder er von den Rechtsfolgen oder dem gesamten Antrag abweichen möchte, da sachlich-rechtliche Differenzen bestehen, muss er eine Hauptverhandlung anberaumen.⁶⁹⁰ Bestehen keine Bedenken gegen den Strafbefehl, ist der Richter also über den hinreichenden Tatverdacht hinaus auf der Grundlage der Akten von der Schuld des Beschuldigten überzeugt, und will er nicht von der Beurteilung der Staatsanwaltschaft abweichen,⁶⁹¹ hat er diesen antragsgemäss zu erlassen.⁶⁹² Er darf also inhaltlich nicht vom Antrag des Staatsanwaltes abweichen.

5.1.4 systematischer Unterschied

Während der schweizerische Staatsanwalt bzw. sein Mitarbeiter den Strafbefehl *erlässt*, muss der deutsche Staatsanwalt den Erlass eines Strafbefehls beim zuständigen Richter *beantragen*.⁶⁹³ Auf den ersten Blick besteht in diesem Punkt

⁶⁸⁵ MÜLLER, S. 62 m.H. auf die einschlägige Literatur, S. 63 zu den Anforderungen.

⁶⁸⁶ § 16 dStPO und § 408 dStPO.

⁶⁸⁷ § 408 Abs. 2 dStPO bzw. § 203 dStPO; SK-PAEFFGEN, § 203 N 11 «sehr hohe Wahrscheinlichkeit».

⁶⁸⁸ Zur Ablehnung des Antrags KIRCH, S. 38 ff.

⁶⁸⁹ § 408 Abs. 2 dStPO, § 202 dStPO; MALEIKA, S. 19; PETERS, Strafprozess, S. 563.

⁶⁹⁰ PETERS, Strafprozess, S. 563; KIRCH, S. 40 f.

⁶⁹¹ Vgl. aber § 408 Abs. 3 S. 2 dStPO zur Einigungsmöglichkeit zwischen Richter und Staatsanwalt; MALEIKA, S. 25.

⁶⁹² § 408 Abs. 3 S. 1 dStPO.

⁶⁹³ Dennoch weist ERBE, S. 26, auf die Ähnlichkeit des deutschen Strafbefehlsverfahrens mit dem Inquisitionsverfahren hin; die direkte Erledigung durch die Verfolgebbehörde kennt das deutsche Recht heute nur bei der Einstellung nach den §§ 153 ff. dStPO, siehe vorne N 106; zur diesbezüglichen Entwicklung der Strafbefehlsbehörde in Deutschland siehe vorne N 70 und MÜLLER, S. 246.

zwischen den beiden Ländern ein grundlegender systematischer Unterschied. Das Strafbefehlsverfahren in der Schweiz entspricht äusserlich einem Inquisitionsverfahren, da die untersuchende Behörde nicht nur, wie für dieses Strafverfolgungsmodell charakteristisch, gleichzeitig anklagende Behörde ist, sondern darüber hinaus auch urteilende. Dies führt zu einer Machtkonzentration auf der Ebene der Staatsanwaltschaft.⁶⁹⁴ Das deutsche Recht setzt einer solchen das Übereinstimmungserfordernis mit dem entscheidenden Richter entgegen. Allerdings lehnt dieser den Erlass des Strafbefehls lediglich dann ab, wenn er den hinreichenden Tatverdacht verneint oder Bedenken hat, ohne Hauptverhandlung zu entscheiden. Der nach dem Gesetzeswortlaut bestehende Unterschied zwischen den beiden Rechtssystemen erscheint jedenfalls dann als von geringer Bedeutung, wenn man davon ausgeht, dass auch in Deutschland der verurteilende Entscheid faktisch aus der Hand der Strafverfolgungsbehörde stammt.⁶⁹⁵

5.2 Defizite

- 282 Der rechtskräftige Strafbefehl ist ein Urteil und damit ein Produkt der Rechtsprechung.⁶⁹⁶ Dennoch wird dieser nach zürcherischem und schweizerischem Recht vom Staatsanwalt (bzw. dessen Mitarbeiter) und damit von der Untersuchungsbehörde selbst erlassen. Dadurch erhält diese eine «bedingte Urteilskompetenz».⁶⁹⁷ Für die Schweiz stellt sich also die grundsätzliche Frage nach der Vereinbarkeit dieser Rechtsprechungskompetenz der Staatsanwaltschaft mit dem Anspruch des Beschuldigten auf ein gerichtliches Verfahren sowie mit dem Anklagegrundsatz.
- 283 In Deutschland liegt die Rechtsprechungskompetenz auch im Strafbefehlsverfahren bei einem Richter. Da es sich beim deutschen Erfordernis der richterlichen Übereinstimmung aber in der Praxis oftmals um eine Formalie handelt und der Richter überdies beim Strafbefehlserlass an die Anträge des Staatsanwaltes gebunden ist, erscheint der Strafbefehl auch nach deutschem Recht materiell als das Urteil des Staatsanwaltes. Damit stellt sich auch nach deutschem Recht die Frage nach der Vereinbarkeit des Strafbefehlsverfahrens mit dem Anklagegrundsatz.

⁶⁹⁴ Vgl. dazu bei SCHUBARTH, Strafbefehl, im Titel: «Zurück zum Grossinquisitor?»; zur Mehrfachrolle des Staatsanwaltes RIKLIN, plädoyer 4/06, S. 31.

⁶⁹⁵ So auch MÜLLER, S. 274, der das deutsche Strafbefehlsverfahren faktisch als ein Strafverfahren der Staatsanwaltschaft bezeichnet, welche quasi ein Ermittlungsverfahren mit einem Urteil abschliesst; auch ERBE, S. 22, sieht im Strafbefehlsantrag einen lediglich vom Richter noch zu unterschreibenden Strafbefehlsentwurf; zum Einfluss des Spruchkörpers auf die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens bedauerlicherweise ohne Ergebnisse GILLIÉRON, S. 127 f.

⁶⁹⁶ Siehe vorne N 236.

⁶⁹⁷ SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 530.

5.2.1 Gesetzlicher, unabhängiger und unparteilicher Richter

Jede Person hat ein Anrecht darauf, dass eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem Gericht beurteilt wird, welches auf einem Gesetz beruht und unabhängig sowie unparteilich ist.⁶⁹⁸ Zu prüfen ist nachfolgend, ob das Strafbefehlsverfahren der beiden Länder mit diesem Grundsatz vereinbar ist. 284

a) Richterliches Entscheidungsmonopol

Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern vorbehalten (sog. Richtervorbehalt). So lautet der staatsrechtliche Grundsatz, der auf der klassischen Dreiteilung der Staatsgewalt in Exekutive, Legislative und Judikative beruht.⁶⁹⁹ 285

In der **Schweiz** legt die Bundesverfassung Gewicht auf die personelle Gewaltenteilung. Die funktionelle Teilung der Gewalten ist in der Verfassung indes nicht verankert, bildet aber ein organisatorisches Grundprinzip der schweizerischen Demokratie.⁷⁰⁰ Der besagte Richtervorbehalt im Besonderen ist in der Schweiz kein Verfassungsgrundsatz. Auf Verfassungsstufe geregelt sind in diesem Zusammenhang nur die Rechtsweggarantie in Art. 29a BV und die Rechtsmittelgarantie in Art. 32 Abs. 3 BV. Aus der Rechtsweggarantie folgt lediglich der Anspruch auf die Beurteilung von staatlichen Anordnungen und Rechtsstreitigkeiten durch eine richterliche Behörde⁷⁰¹ und aus der Rechtsmittelgarantie das Recht, ein Urteil durch eine höhere Instanz überprüfen zu lassen.⁷⁰² Der Rechtsweggarantie wird mit der Einspruchsmöglichkeit nach Erlass des Strafbefehls nachgekommen. Die Rechtsmittelgarantie greift über den Umweg der gerichtlichen Beurteilung, für welche das übliche Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Strafurteile der Bezirksgerichte vorgesehen ist. 286

Auch Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert das Recht auf ein gerichtliches Verfahren, insbesondere für die Beurteilung von strafrechtlichen Anklagen und damit auch für das Strafbefehlsverfahren.⁷⁰³ Als Gericht in diesem Sinne wird ein Organ verstanden, welches nicht nur funktionell, sondern auch organisatorisch und personell von den anderen Staatsgewalten unabhängig ist. Es muss alle Entscheidungen aufgrund eines justizförmigen Verfahrens und mit der Möglichkeit 287

⁶⁹⁸ Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 IPBPR; Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 97 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs 1 S. 2 GG.

⁶⁹⁹ Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1405 ff.; im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit des Strafrichters NOLL, S. 294 ff.

⁷⁰⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1410 ff.; Botschaft BV, S. 370: «Eine verkürzte Wiedergabe, beispielsweise in Anlehnung an Art. 20 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes [...] würde die heutige Rechtslage unzutreffend charakterisieren.»

⁷⁰¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 845 ff.

⁷⁰² HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 868.

⁷⁰³ Siehe vorne N 51.

der freien Überprüfung von Rechts- und Tatfragen treffen.⁷⁰⁴ Eine vorgelagerte Beurteilung einer gewissen Kategorie von Fällen durch andere als gerichtliche Organe ist aber durch die Konvention nicht ausgeschlossen.⁷⁰⁵ Voraussetzung ist zunächst, dass nach Einsprache gegen einen durch eine vorgelagerte Behörde erlassenen Strafbefehl ein Verfahren vor einem Gericht mit voller Kognition stattfindet. Fraglich bleibt allerdings, ob diese für Übertretungen eindeutig zulässige Ausnahme⁷⁰⁶ auch für die heute durch Strafbefehl beurteilten Vergehen und Verbrechen gelten kann. Die Beurteilung eines schweren Verbrechens durch eine vorgelagerte Instanz wird jedenfalls als konventionswidrig erachtet.⁷⁰⁷

- 288 Demzufolge ist der Richtervorbehalt für die Schweiz weder verfassungs- noch konventionsrechtlich vorgeschrieben, sofern es sich um die Beurteilung minder-schwerer Delikte handelt. Vorgelagerte nichtrichterliche Behörden können vorgesehen werden, sind allerdings als Ausnahme zu betrachten.⁷⁰⁸ Zu prüfen bleibt, welche Anforderungen an diese Behörden zu stellen sind.
- 289 In **Deutschland** ist das Gewaltenteilungsprinzip in Art. 20 Abs. 2 GG verankert, Art. 92 GG behält die Rechtsprechung den Gerichten vor. Beides gilt absolut. Danach verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass eine Verurteilung zu einer Kriminalstrafe⁷⁰⁹ nur durch einen gemäss Art. 97 bzw. 101 Abs. 1 S. 2 GG sachlich und persönlich unabhängigen, durch das Gesetz bestimmten Richter erfolgen kann.⁷¹⁰ Da im deutschen Strafbefehlsverfahren ein Richter die formelle Entscheidungsbefugnis innehat, wird dieser Grundsatz somit auf den ersten Blick nicht berührt. Dennoch wird aufgrund der vorstehend genannten Gründen auch nach deutschem Recht zu prüfen sein, ob die Anforderungen an den gesetzlichen, unabhängigen und unparteilichen Richter erfüllt sind.

b) Anforderungen an die «vorgelagerte Behörde» (Schweiz)

- 290 Zu prüfen ist zunächst, ob die Anforderungen, welche grundsätzlich an einen Richter gestellt werden, analog auch für die in der Schweiz zulässigen, vorgelagerten nichtgerichtlichen Behörden gelten.

⁷⁰⁴ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 33 ff., 158.

⁷⁰⁵ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 159; TRECHSEL, GS-Noll, S. 389 ff.

⁷⁰⁶ Siehe auch Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 (a)chStGB, welcher den Kantonen erlaubte, Übertretungen durch Verwaltungsbehörden beurteilen zu lassen, so noch LÄMMLI, S. 62 und RIEDER, S. 239; zur Aufhebung siehe FREI-SIPONEN, S. 172, BBl. 1999 III, S. 2161 f., 2195 f.

⁷⁰⁷ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 159, Fn. 5.

⁷⁰⁸ So auch MORSCHER, S. 188 f., mit Hinweisen zur Rechtsprechung des EGMR.

⁷⁰⁹ Nicht um kriminalrechtliche Sanktionen handelt es sich demgegenüber im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts und bei der Einstellung gegen Auflagen oder Zahlung eines Geldbetrages gemäss §§ 153 ff. dStPO; siehe vorne N 106 und N 117.

⁷¹⁰ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 6 N 1 m.w.H.; a.A. offenbar HAUSEL, S. 94 ff.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Garantie des verfassungsmässigen Richters (noch zu Art. 58 Abs. 1 aBV) forderte die davon abgeleiteten Garantien bei der Ausübung richterlicher Funktionen auch für die Untersuchungsbehörde.⁷¹¹ Das Bundesgericht bezog in seiner Entscheid vom 13. Februar 1985 die Garantie des verfassungsmässigen Richters auf den zürcherischen Bezirksanwalt (damaliger Untersuchungsrichter) in richterlicher Funktion. Diese wurde insbesondere dann bejaht, wenn er einen «Strafbefehl [...] erlasse, der bei Unterlassung einer Einsprache zu einem rechtskräftigen Urteil werde.»⁷¹² Es konkretisierte dahingehend, dass der Bezirksanwalt dort, wo er einen Fall durch Strafbefehl zum Abschluss bringe, die Rolle eines eigentlichen Richters einnehme, weil er selbst entscheide, ob «sich der Angeschuldigte einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat und – gegebenenfalls – welche Sanktion gegen ihn zu ergreifen ist»⁷¹³. Diese Argumentation stützt sich auf das faktische Ergebnis in Form des rechtskräftigen Strafurteils. Damit kann die naheliegende Vermutung, diese Garantie sei nur deshalb erforderlich gewesen, da zur Zeit des Entscheides noch keine verfassungsmässige Rechtsweggarantie existierte, sogleich widerlegt werden. Gemäss *Kiener* ist der Anspruch auf unparteiliche und unbefangene nichtrichterliche Behörden im Übrigen im grundrechtlichen Anspruch auf «gleiche und gerechte Behandlung» gemäss Art. 29 Abs. 1 BV enthalten.⁷¹⁴ Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hält die erhöhten Anforderungen dagegen nicht für nötig, wenn dafür der Rechtsweg an ein mit vollen Garantien ausgestattetes Gericht gewährt wird.⁷¹⁵ Demgegenüber verlangte wiederum die ehemalige europäische Kommission für Menschenrechte, dass ein vom nationalen Recht als Gericht konzipiertes Organ den erhöhten gerichtlichen Anforderungen entsprechen müsse und zwar unabhängig von der Instanz, in welcher es entscheide.⁷¹⁶

Ob die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK auch auf die Strafbefehlsbehörde anwendbar sind, hängt gemäss besagter Kommissionsentscheidung davon ab, wie das nationale Recht die Strafbefehlsbehörde qualifiziert. Die Staatsanwaltschaft wird in der Schweiz von der herrschenden Ansicht richtigerweise formell der Exekutive zugeordnet.⁷¹⁷ Dass bisweilen von der gerichtlichen Funktion der Un-

⁷¹¹ BGE 112 1a 142; so noch HAUSER/SCHWERI, § 26 N 12.

⁷¹² BGE 112 1a 142 E. 2a.

⁷¹³ BGE 112 1a 142 E. 2b.

⁷¹⁴ KIENER, S. 23 f., mit der Begründung, dass mit den Justizgarantien der neuen Bundesverfassung keine materiellen Änderungen der aus Art. 4 aBV entwickelten Fairnessgehalten bezweckt worden waren, S. 24; ablehnend für die Strafbefehlsbehörde aber bspw. SCHMID, Handbuch, N 1353.

⁷¹⁵ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 163 m.H. auf die Rechtsprechung, insbesondere Le Compte, van Leuven, DeMeyere c. Belgien, GH 43, 23 Ziff. 51 vom 23. Juni 1981.

⁷¹⁶ Kommissionsentscheidung Zand c. Österreich, DR 15, 70 vom 12. Oktober 1978.

⁷¹⁷ Siehe dazu sogleich N 297.

tersuchungsbehörde im Strafbefehlsverfahren darauf geschlossen wird, die Sache werde tatsächlich von einem Gericht beurteilt,⁷¹⁸ ist schwer nachvollziehbar. Jedenfalls verlangt aber bereits die gerichtliche *Funktion* der Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren nach erhöhten Anforderungen.⁷¹⁹ Denn wird von einer Einsprache abgesehen, so wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil und ein solches muss von einer gesetzlichen, unabhängigen und unparteilichen Behörde stammen. Die Argumentation der damaligen Kommission, die nationale Sichtweise zu berücksichtigen, spricht also für die Anwendung der Garantien von Art. 6 EMRK, unabhängig davon, ob man den Staatsanwalt als Richter qualifiziert oder nicht.

- 293 Wird die Erfüllung dieser Anforderungen im konkreten Fall angezweifelt, kann jedenfalls nicht argumentiert werden, dass Art. 29a BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK lediglich den Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung garantieren und dies im Strafbefehlsverfahren mit der Einsprachemöglichkeit an ein ordentliches Gericht gewährt wird.⁷²⁰ Nur wenn die einzelnen Garantien auch durch die entscheidenden Untersuchungsbehörden gewährt werden, ist die Zuständigkeitsregelung trotz der Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips zulässig.⁷²¹ Daraus folgt indes nicht, dass die Untersuchungsbehörde bereits als ausreichende Rechtsweginstanz angesehen werden kann. Die Rechtsweggarantie verlangt darüber hinaus nach einem Zugang zu einem ordentlichen Gericht, nicht nur im funktionalen, sondern auch im organisatorischen und personellen Sinne. Ob die schweizerische Staatsanwaltschaft als vorgelagerte nichtrichterliche Behörde die Anforderungen der Gesetzlichkeit, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bzw. Unbefangenheit erfüllt, ist zu prüfen.

c) Gesetzlichkeit, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit

- 294 *Gesetzlichkeit* bedeutet, dass das Gericht in einem Gesetz vorgesehen und der zuständige Richter schon vor dem Verfahren bestimmt sein muss. Dies soll verhindern, dass ein Gericht auf ein Verfahren hin gezielt zusammengestellt und so als politisches Machtinstrument missbraucht werden kann.⁷²² Da es gänzlich unzweifelhaft ist, dass Bestellung, Zuständigkeit und Kompetenzen der Richter und Staatsanwälte beider Länder in den jeweiligen entsprechenden Gesetzen geregelt sind, ist dieser Aspekt vorliegend nicht weiter zu vertiefen.
- 295 Die funktionelle *Unabhängigkeit* des Richters ist wiederum Ausfluss des Gewaltenteilungsprinzips und bedeutet insbesondere, dass der Richter bei der Ent-

⁷¹⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 1; SCHWITTER, S. 115.

⁷¹⁹ FREI-SIPONEN, S. 146.

⁷²⁰ So aber DONATSCH, ZStrR 1994, S. 323 f.; MAURER, S. 412 f.

⁷²¹ FREI-SIPONEN, S. 146 m.w.H.

⁷²² SCHMIDT, Nachtragsband I, N 48.

scheidung nicht den Weisungen von Exekutive und Legislative untersteht, sondern selbständig entscheidet und nur an Gesetz und (übergesetzliches) Recht gebunden ist.⁷²³ Damit ist er nicht gänzlich frei, sondern den tragenden Rechtsgrundsätzen verpflichtet.⁷²⁴

Unparteilich und unbefangen ist eine Behörde bei «Fehlen von Voreingenommenheit und Parteinahme».⁷²⁵ Es wird unterschieden zwischen der persönlichen und der systembedingten Unvoreingenommenheit des Richters. Während die persönliche bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird, genügen für die systembedingte Parteilichkeit bereits Indizien. Dabei geht es insbesondere darum, einen Anschein von Voreingenommenheit und somit das Vertrauen der Öffentlichkeit und des Beschuldigten zu bewahren. Als besonders heikel wird dabei die faktische oder gedankliche Nähe des Richters zur Staatsanwaltschaft angesehen.⁷²⁶ 296

Die staatsrechtliche Zuordnung der Staatsanwaltschaft wird in der **Schweiz** kontrovers diskutiert. Während sie in einigen Kantonen der Justiz zugeordnet wird und der Aufsicht der Gerichte unterstellt ist, wird sie in anderen Kantonen mehr oder weniger eindeutig als Teil der Exekutive betrachtet und durch die Regierung beaufsichtigt.⁷²⁷ In der Lehre wird sie zum Teil als «staatsrechtliches compositum mixtum» oder als «Behörde sui generis» bezeichnet, was beides freilich nicht mit der Idee der Dreiteilung der Gewalten zu vereinbaren ist.⁷²⁸ Im Übrigen ist auch die Zuordnung zur Justiz historisch betrachtet zweifelhaft. Unabhängig davon, ob nun die Staatsanwaltschaft, wie lange vertreten, zur Relativierung der rechtsprechenden Gewalt durch den Anklageprozess geschaffen 297

⁷²³ KIENER, S. 235 ff.; zur persönlichen Unabhängigkeit des Richters und zur damit in Zusammenhang stehende Thematik der Unabsetzbarkeit siehe DIES., S. 249 ff., 279 ff.; KÜHNE, N 109 f.; PETERS, Strafprozess, S. 116; zur organisatorischen Unabhängigkeit wiederum KIENER, S. 291 ff.

⁷²⁴ Zur Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit eingehend PETERS, Strafprozess, S. 110 ff.; SCHMIDT, Nachtragsband I, N 54; zur Unabhängigkeit des Richters nach der schweizerischen Bundesverfassung, KIENER, S. 18 ff.

⁷²⁵ ACKERMANN/VETTERLI, S. 197, im Zusammenhang mit dem Anklagegrundsatz, m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR.

⁷²⁶ ACKERMANN/VETTERLI, S. 197 ff., mit Beispielen.

⁷²⁷ Zur Form und Intensität des Aufsichts- und Weisungsrechts, vgl. METTLER, S. 9 ff. m.w.H.; die Übertretungsstraßenbehörden, welche nach schweizerischem Recht ebenfalls im Strafbefehlsverfahren entscheiden, sind dagegen ohne Zweifel Verwaltungsbehörden und gehören zur Exekutive.

⁷²⁸ METTLER, S. 73 ff.; zur Doppelstellung der Strafverfolgungsbehörden KIENER, S. 319, nach welcher diese zwar funktionell der Exekutive zuzurechnen wären, «da sie ausschliesslich Justizaufgaben erfüllen, werden sie letztlich aber doch der Dritten Gewalt zugeordnet».

wurde,⁷²⁹ oder ob, wie neuerdings erkannt, die Regierungen mit ihr ihren fortwirkenden Einfluss sicherstellen wollten⁷³⁰ – beide Ansichten sprechen gegen eine solche Zuordnung zur Justiz.

- 298 Ist für das Strafbefehlsverfahren die Staatsanwaltschaft zuständig, übt diese nach einer Ansicht eine unabhängige, richterliche Funktion im Sinne des verfassungsmässigen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV aus.⁷³¹ Nach der anderen Ansicht handelt es sich beim Strafbefehlserlass um einen Verwaltungsakt, da der Entscheid nicht ohne weiteres autoritativ bindend, der Untersuchungsbeamte nicht unparteilich und unabhängig und überdies initiativ sei.⁷³² Vereinzelt wird gar davon ausgegangen, die Strafverfolgungsbehörde trete dem Angeklagten nicht in hoheitlicher Funktion, sondern als Partei entgegen, damit sei beispielweise eine fehlende Anhörung vor Erlass eines Strafbefehls mit der EMRK vereinbar.⁷³³ Offensichtlich keine Beachtung erhält bei dieser Argumentation wiederum die Tatsache, dass der Strafbefehl nach unbenutzter Frist zu einem rechtskräftigen Urteil wird, welches nicht mehr auf ordentlichem Wege angefochten werden kann. Die letzteren beiden Ansichten sind deshalb abzulehnen. Aber auch erstere Ansicht ist zu relativieren. So ist die Unabhängigkeit des Untersuchungsbeamten von der immanenten Unabhängigkeit des Gerichts im Sinne von Art. 6 EMRK zu unterscheiden. Ein Staatsanwalt kann durch seine Zugehörigkeit zur Exekutive organisatorisch und personell nicht unabhängig sein.⁷³⁴ Für den Erlass des Strafbefehls bedarf er nach der schweizerischen Rechtsprechung denn auch nur funktioneller Unabhängigkeit (in der Rechtsanwendung), um als nichtrichterliche Behörde vorgelagerte, richterliche Funktionen ausüben zu können.⁷³⁵ Der Zürcher Staatsanwalt nimmt beim Strafbefehlserlass eine solche richterliche Funktion wahr, geniesst im diesem Moment auch funktionelle Unabhängigkeit und ist nicht, wie sonst üblich, an die direkten Weisungen im Sinne von § 27 zhStPO gebunden.⁷³⁶ Der leitende Staatsanwalt kann nur mit einer Einsprache Einfluss auf den Strafbefehl nehmen.⁷³⁷

⁷²⁹ Zur Geschichte, METTLER, S. 155 ff.

⁷³⁰ Zur Entlarvung des «Gründungsmythos» WOHLERS, FS-Schroeder, S. 735.

⁷³¹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 26 N 12.

⁷³² So hergeleitet bei METTLER, S. 200 ff. (insb. S. 218 f.), immerhin in Fn. 1238 einräumend, dass der Beschuldigte in seinem Entscheid, Einsprache zu erheben «nicht immer ganz so frei ist, wie dies den Anschein hat».

⁷³³ So beispielsweise GILLIÉRON/KILLIAS, S. 390; DONATSCH, ZStrR 1994, S. 324.

⁷³⁴ Zum Aufsichts- und Weisungsrecht siehe bspw. § 86 und § 91 zhGVG.

⁷³⁵ Statt vieler FREI-SIPONEN, S. 148.

⁷³⁶ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 7 ff.; RIEDER, S. 238 f.; ausführlich zum solothurnischen Recht a.F. LÄMMLI, S. 61 ff. (v.a. S. 63); a.A. BISCHOFBERGER, S. 53 ff., der diese Zuständigkeitsregelung bei Übertretungen für unbedenklich, jedoch beim zürcherischen Strafbefehl für Verbrechen und Vergehen zufolge mangelnder Unab-

Auch nach schweizerischem Recht wird in Art. 4 chStPO die Unabhängigkeit des Staatsanwalts bei der Rechtsanwendung vorgeschrieben. Allerdings können die Kantone nach Art. 14 Abs. 5 chStPO die organisatorische und disziplinarische Aufsicht selbst regeln. Die entsprechenden Weisungsbefugnisse müssen in einem kantonalen Gesetz vorgesehen werden.⁷³⁸ So wird auch die staatsanwaltliche Unabhängigkeit in der Rechtsanwendung garantiert. Damit liegt es in der Hand der Kantone, ein brauchbares Aufsichtsrecht zu kreieren, welches diese Unabhängigkeit auch faktisch zu erhalten vermag. 299

Fraglich ist indes, ob die gesetzlich bestimmte und beim Strafbefehlserlass funktionell unabhängige Staatsanwaltschaft auch *unparteilich* und *unbefangen* sein kann. Der «Anwalt des Staates» trägt den Beigeschmack der Parteilichkeit bereits im Namen. Die Tatsache, dass im Vorverfahren sowohl belastende als auch entlastende Beweise erhoben werden müssen, vermag als relativierendes Argument nicht zu überzeugen, da in diesem Verfahrensstadium an die Unparteilichkeit geringere Anforderungen gestellt werden.⁷³⁹ Des Weiteren führt eine fehlende personelle Trennung in sachlicher Hinsicht über verschiedene Verfahrensstufen hinweg schon grundsätzlich zu heiklen Situationen.⁷⁴⁰ Problematisch im Zusammenhang mit dem Strafbefehlsverfahren ist überdies die Überschneidung der Gewalten,⁷⁴¹ da der schweizerische Staatsanwalt zuerst das Vorverfahren leitet und danach unbefangen über Schuld und Strafe entscheiden soll. Somit liegt hier der Schluss nahe, die Staatsanwaltschaft könne beim Strafbefehlserlass nicht unbefangen sein. Nicht ohne Grund wird üblicherweise nach einer strikten Trennung von Anklage und Urteil verlangt, gefährdet die personelle Einheit doch schon das objektive Kriterium des Anscheins der Unbefangenheit.⁷⁴² Aber auch die subjektive Unbefangenheit muss als verletzt angesehen werden, da eine untersuchende Behörde aus naheliegenden Gründen nicht unbefangen über ihr eigenes Untersuchungsergebnis urteilen kann.⁷⁴³ Zwar kann die Tatsache, dass die Ermittlungen faktisch durch die Polizei geführt werden, die tatsächliche, 300

hängigkeit des (damaligen) Bezirksanwaltes für konventionswidrig hält und fordert, dass die Strafbefehlskompetenz in diesem Bereich einem Richter zuzusprechen sei.

⁷³⁷ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 7 m.w.H.; siehe vorne N 271 und hinten N 423.

⁷³⁸ Botschaft E StPO, S. 1129.

⁷³⁹ BGE 112 Ia 142 E. 2b.

⁷⁴⁰ SCHMID, Strafprozessrecht, N 133 ff. mit Beispielen.

⁷⁴¹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 131; siehe auch ACKERMANN/VETTERLI, S. 196 f., im Zusammenhang mit dem Anklagegrundsatz.

⁷⁴² So im Zusammenhang mit dem Strafbefehlsverfahren bspw. BOLLIGER, S. 52.

⁷⁴³ So auch WANKE, S. 30, mit dem Hinweis, dass beim Richter des Inquisitionsprozesses die innere Unbefangenheit nicht erwartet werden konnte, da er vorher inquisitorisch ermittelnd in der Sache tätig war – und der Forderung (S. 31), die Strafbefehlskompetenz einem unabhängigen Richter zu übertragen, um von vornherein den Anschein der Voreingenommenheit zu vermeiden.

subjektive Befangenheit etwas entkräften.⁷⁴⁴ Dennoch wird die Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Behörde beim Strafbefehlserlass durch die Zuständigkeit des Staatsanwaltes – trotz funktioneller Unabhängigkeit – nicht gewahrt.⁷⁴⁵

- 301 Ein weiteres Problem bringt in diesem Zusammenhang die Tatsache mit sich, dass Ausstands- und Ausschlussgründe im Strafbefehlsverfahren nur beschränkt geltend gemacht werden können. In der Regel gelten zwar die zwingenden Vorschriften bei den Gründen, welche die entscheidende Person betreffen. Bei anderen Gründen geht eine Beschwerde aber in der Einsprache auf.⁷⁴⁶ Durch diese Vereinigung der Rechtsbehelfe wird verhindert, dass der Beschuldigte einen unparteilichen Entscheidungsträger *und* ein Strafbefehlsverfahren erhält. Da nach der vorliegenden Erkenntnis ein urteilender Staatsanwalt immer befangen ist, muss der Beschuldigte, möchte er dies nicht akzeptieren, durch Einspruch ein gerichtliches Verfahren verlangen. Akzeptiert er den Untersuchungsbeamten in seiner richterlichen Funktion, verzichtet er auf die Unbefangenheit der urteilenden Behörde. Ob dies überhaupt möglich ist, bleibt zu prüfen.⁷⁴⁷ Jedenfalls aber handelt es sich bei der fehlenden Unbefangenheit der schweizerischen Strafbefehlsbehörde um ein Defizit des schweizerischen Strafbefehlsverfahrens, welches wohl strukturell begründet ist. Allerdings wird bisweilen auch eine Änderung der schweizerischen Regelung gefordert, nach welcher der Staatsanwalt den Strafbefehl bei einem Richter zu beantragen hätte.⁷⁴⁸
- 302 In **Deutschland** wird der Strafbefehl von einem ordentlichen, gesetzlich bestimmten Richter erlassen. Es gibt auch keinen Anlass, dessen *Unbefangenheit* und *Unparteilichkeit* in Frage zu stellen – daran ändert seine inhaltliche Bindung an den staatsanwaltlichen Antrag nichts. Auch erfüllt er zweifellos die Anforderungen an die *personelle Unabhängigkeit*. Die Tatsache, dass die eigentliche Entscheidung jedoch in der Hand der Staatsanwaltschaft liegt und dafür lediglich die Übereinstimmung des Richters verlangt wird, ist möglicherweise mit dem weitergehenden, im deutschen Strafprozess grundlegenden Erfordernis der Ermittlungs- und Entscheidungsfreiheit⁷⁴⁹ und somit der *inhaltlichen Unabhängigkeit* des Richters nur schwer zu vereinbaren.⁷⁵⁰ Die richterliche Bindung, welche über die übliche Bindung an das Prozessthema hinausgeht, führt dazu,

⁷⁴⁴ SCHWITTER, S. 117.

⁷⁴⁵ Ebenso WANKE, S. 30.

⁷⁴⁶ SCHWITTER, S. 118 f.

⁷⁴⁷ So statt vieler LÄMMLI, S. 299; zum Verzicht hinten N 444 ff.

⁷⁴⁸ So bspw. EICKER, S. 20.

⁷⁴⁹ MÜLLER, S. 282 ff.; zur Entscheidungsfreiheit des Gerichts siehe § 155 Abs. 2, § 206 und § 264 Abs. 2 dStPO.

⁷⁵⁰ MÜLLER, S. 284, 274 ff., führt dieses Problem nicht auf eine falsche Praxis, sondern auf eine strukturell verfehlte Gesetzesregelung zurück.

dass der Richter die rechtliche Würdigung des Strafbefehls nur abändern kann, wenn er mit der Staatsanwaltschaft eine Einigung darüber findet. Ansonsten muss er eine Hauptverhandlung anberaumen. *Müller* hat in diesem Zusammenhang mit Verweis auf die Systematik und andere Verfahrensarten festgehalten, dass sich diese ausnahmsweise Bindung im Strafbefehlsverfahren keineswegs mit der Schriftlichkeit des Verfahrens allein begründen lässt.⁷⁵¹ Auch als «fürsorgliches Korrektiv» zugunsten des Beschuldigten lässt er die Bindung richtigerweise nicht gelten. Denn eine solche Bindung als Kompensation für den nicht anwesenden Beschuldigten zur Verhinderung von Fehlurteilen ist nicht besonders effektiv und bräuchte es nicht, würde der Beschuldigte als Prozesssubjekt in das Verfahren mit einbezogen.⁷⁵² Hinzu kommt, dass das Übereinstimmungserfordernis zwar Kontrollfunktion haben kann, jedoch in der Rechtswirklichkeit die Hauptverhandlung nur in etwa 1% der Fälle anberaumt wird.⁷⁵³ Die Zahl der Ablehnung mangels hinreichenden Tatverdachts ist nicht bekannt.⁷⁵⁴ Die hohe Übereinstimmungsquote kann nun (und müsste eigentlich) bedeuten, dass die Staatsanwaltschaft nur klare Fälle mit Strafbefehlsantrag erledigt, bei welchem es für den Richter durchaus möglich ist, bereits aufgrund der Akten zu einer Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten zu gelangen.⁷⁵⁵ So müsste der Richter tatsächlich nur in äusserst seltenen Grenzfällen eingreifen und die Kontrollfunktion wäre erfüllt. Andererseits ist aber die des Öfteren geäusserte Vermutung, der Richter genehmige den staatsanwaltlichen Antrag regelmässig ohne eingehende Prüfung, nicht einfach von der Hand zu weisen. Dies neben dem «Erledigungsdruck» nicht zuletzt deshalb, weil der Strafrichter keine Kontrolle durch ein anderes Gericht befürchten muss.⁷⁵⁶ *Müller* sieht in dieser Bindung gar eine heimliche Theorie des Strafbefehlsverfahrens, da die Annahme des Beschuldigten dadurch erzwungen wird, dass ein bereits bestehender Konsens zwischen Richter und Staatsanwalt es für diesen nicht ratsam erscheinen lässt, sich zu wehren.⁷⁵⁷ Insgesamt erscheint das deutsche Strafbefehlsverfahren mit dem Institut der richterlichen Bindung an den Antrag des Staatsanwaltes als

⁷⁵¹ MÜLLER, S. 283, verweist in diesem Zusammenhang auf den richterlichen Bussgeldbescheid nach § 72 OWiG und die §§ 460, 462 dStPO für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung, in welchen der Richter trotz Schriftlichkeit des Verfahrens nicht an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden ist.

⁷⁵² MÜLLER, S. 283.

⁷⁵³ MÜLLER, S. 284; SESSAR, S. 1035: «Zwar muss der Richter einen Strafbefehlsantrag nicht notwendig akzeptieren, [...], doch tut er dies nach unseren Erfahrungen so gut wie immer.»

⁷⁵⁴ MÜLLER, S. 344 ff. (Tabellen Erledigungen); PFEIFFER, § 407 Vorbem. N 1: «99% der Strafbefehle werden antragsgemäss erlassen.»

⁷⁵⁵ So KMR-METZGER, § 407 N 7; siehe vorne N 229.

⁷⁵⁶ So bspw. HAUSEL, S. 96; MÜLLER, S. 274 f.; zur Tatsache, dass im Übrigen in der Regel derselbe Richter das Verfahren nach Einspruch beurteilt, hinten N 465.

⁷⁵⁷ MÜLLER, S. 284 m.w.H.

mit dem Grundsatz des unabhängigen Richters nicht vereinbar. Dabei handelt es sich aber nicht um ein strukturelles Defizit, da diese starke Bindung ohne weiteres aufgehoben oder gelockert werden könnte, ohne dass das Strafbefehlsverfahren damit eine Einbusse erleiden würde.

- 303 Rechnet man den Strafbefehl inhaltlich auch in Deutschland der Staatsanwaltschaft zu, so stellt sich zumindest faktisch die Frage nach der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, für den vermuteten Fall, dass das Korrektiv des Richters unwirksam ist. Die deutsche Staatsanwaltschaft erscheint freilich aus denselben Gründen und in demselben Ausmass parteilich und befangen wie die schweizerische. Dazu kommt die institutionelle Abhängigkeit.⁷⁵⁸ Die Staatsanwaltschaft untersteht dem Justizministerium und hat direkte, auch inhaltliche Weisungen zu befolgen. Es ist also durchaus denkbar, dass der Staatsanwalt in einem konkreten Fall von der Exekutive die Weisung erhält, eine Sache auf die eine oder andere Weise zu behandeln.⁷⁵⁹ Hat der Richter dann nur formale und nicht inhaltliche Entscheidungsfreiheit, wird das spätere Urteil materiell durch die Exekutive beeinflusst bzw. (wenn der Richter dieser nicht folgen will) der Erlass eines Strafbefehls unmöglich.

5.2.2 Anklagegrundsatz

- 304 Ebenfalls auf dem Prinzip der Gewaltenteilung beruhend und komplementär zum Richtervorbehalt verlangt der Anklagegrundsatz, dass ein Urteil nur gestützt auf eine Anklage ergehen darf, die vom Ankläger einem von diesem unabhängigen Richter unterbreitet wurde.⁷⁶⁰ Das Gericht darf nicht initiativ tätig werden und die Anklage legt das Prozessthema fest. Eine Verurteilung setzt somit voraus, dass sowohl die Staatsanwaltschaft, als auch das Gericht ein Verhalten als strafbar ansehen. Gefordert wird sodann, dass die Anklage die dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreibt, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert

⁷⁵⁸ Zur Diskussion um die Schaffung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft in Deutschland siehe WOHLERS, FS-Schroeder, S. 738 ff.; MARKWARDT, S. 93 ff.

⁷⁵⁹ Relativierend jedoch MARKWARDT, S. 101: «Die externe Einzelfallweisung ist in der Praxis [...] sehr selten. Das ist nicht verwunderlich. Der Justizminister steht [...] unter der kritischen Beobachtung zumindest der parlamentarischen Opposition und der Medienöffentlichkeit. [...]. Eine besonders einladende Option ist der Missbrauch des Weisungsrechts also nicht!»

⁷⁶⁰ Im zürcherischen Recht nicht ausdrücklich normiert, gilt aber als Grundlage für die entsprechenden Bestimmungen: §§ 161 ff., 182 ff. zhStPO; ausdrücklich geregelt hingegen in Art. 9 chStPO und §§ 151, 155, 264 dStPO; SCHMID, Strafprozessrecht, N 141 ff.; SCHMID, Handbuch, N 205 ff.; zur (formell) lückenlosen Geltung des Anklagegrundsatzes im deutschen Recht ROXIN/SCHÜNEMANN, § 13 N 4 ff.

sind.⁷⁶¹ Der Anklagegrundsatz bezweckt die bereits behandelte funktionelle Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Richters,⁷⁶² zugleich aber auch den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und den Anspruch auf rechtliches Gehör.⁷⁶³ Konkretisiert wird der Anklagegrundsatz durch die Anforderungen an die Anklageschrift. Diese hat insbesondere eine Umgrenzungs- und eine Informationsfunktion. Letztere besteht darin, dass sie dem Angeeschuldigten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen vermittelt.⁷⁶⁴

In der **Schweiz** hat der Anklagegrundsatz zwar Verfassungsrang,⁷⁶⁵ doch gilt dieser Grundsatz nicht absolut. So wird das Strafbefehlsverfahren ausdrücklich als Ausnahme vom Erfordernis der personellen Trennung von Untersuchungs- und Urteilsbehörde angesehen, der Anklagegrundsatz also durchbrochen.⁷⁶⁶ Auch eine Fixierung des Prozessthemas durch den Ankläger ist naturgemäss nicht möglich. Das Verfahren erhält dadurch eine durchwegs inquisitorische Prägung, was bisweilen vehement kritisiert wird.⁷⁶⁷ Dieses Defizit scheint aber nicht abänderbar, ohne die schweizerische Form des Strafbefehlsverfahrens vollständig in Frage zu stellen. Damit stellen die Umgehung des Anklagegrundsatzes und die damit verbundene Einschränkungen des rechtlichen Gehörs und der Informationsrechte des Beschuldigten strukturelle Garantiedefizite dar. 305

In **Deutschland** wird der Anklagegrundsatz als starrer Grundsatz behandelt, und zumindest formell in allen Verfahrensarten eingehalten.⁷⁶⁸ Das Strafbefehlsverfahren wird dem Grundsatz durch die Kompetenzverteilung zwischen Staatsanwalt und Richter gerecht. Die Beschränkung der richterlichen Entscheidung auf die gemäss § 155 Abs. 1 dStPO in der Anklage bezeichnete Tat wird ebenfalls gewahrt. Der Strafbefehlsinhalt darf nicht vom vorgegebenen Prozessthema ab- 306

⁷⁶¹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 146 mit Verweis auf Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK.

⁷⁶² ACKERMANN/VETTERLI, S. 196, zum Anklagegrundsatz als Grundlage der funktionellen Unabhängigkeit des Richters und S. 197 zur Verletzung der Unparteilichkeit durch fehlende strikte Trennung von Ankläger und Richter; zum Ganzen auch allgemein HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 27 N 3 ff.

⁷⁶³ Zur bisherigen Überfrachtung des Anklagegrundsatzes durch Lehre und Rechtsprechung im schweizerischen Strafprozessrechts und der fokussierten Formulierung in Art. 9 chStPO siehe ACKERMANN/VETTERLI, S. 194 ff.

⁷⁶⁴ Dazu eingehend BGE 120 IV 354.

⁷⁶⁵ In BGE 116 Ia 458 aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgeleitet.

⁷⁶⁶ SCHMID, Strafprozessrecht, N 144; SCHWITTER, S. 166; Art. 9 Abs. 2 chStPO enthält einen ausdrücklicher Vorbehalt für das Strafbefehlsverfahren; dazu SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 528: «Ist das nicht ein Rückfall in die Inquisition?»

⁷⁶⁷ LÄMMLI, S. 111; WANKE, S. 30.

⁷⁶⁸ KÜHNE, N 312; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 13 N 4 ff.

weichen.⁷⁶⁹ Die Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift ist damit zweifellos erfüllt. Fraglich ist aber einerseits, ob die Informationsfunktion der Anklageschrift beim Strafbefehlsantrag zum Tragen kommt, da der Angeklagte von diesem Antrag gar nie Kenntnis erlangt. Andererseits wird die Entscheidungsfreiheit des Richters durch die bereits erwähnte inhaltliche Bindung an den Strafbefehlsantrag eingeschränkt. Insgesamt besteht nach deutschem Recht im Hinblick auf den Anklagegrundsatz zwar keine strukturelle Abweichung von der Regelung des Normalverfahrens, da an den Strafbefehlsantrag dieselben Anforderungen gestellt werden wie an eine Anklageschrift und die entscheidende Behörde nur auf die Initiative der Anklage hin tätig wird. Im Hinblick auf das im Strafbefehlsverfahren ohnehin nur mangelhaft gewährte rechtliche Gehör, die bescheidenen Informationsrechte des Beschuldigten und die inhaltliche Bindung des Richters an den Strafbefehlsantrag, erweist sich aber auch das deutsche Strafbefehlsverfahren aus der Perspektive des Anklagegrundsatzes als heikel.

5.2.3 *Rechtsgleichheit und Strafzwecke*

- 307 Des Weiteren drängt sich die Frage auf, ob das (fehlende) staatsanwaltschaftliche Ermessen einen Einfluss auf die Qualität des Verfahrens hat. Zu prüfen ist insbesondere, ob das fehlende Ermessen in der Schweiz dazu führt, dass den *Strafzwecken*, eventuell auch der *Prozessökonomie*, nicht optimal Rechnung getragen werden kann. Das grosse Ermessen der deutschen Staatsanwaltschaft könnte demgegenüber eine Gefahr für die *Rechtsgleichheit* darstellen.
- 308 In der **Schweiz** führt das fehlende Ermessen der Staatsanwaltschaft zu einer institutionalisierten Gleichbehandlung. Liegen die Voraussetzungen vor und befindet sich die Sache im Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens, muss ein Strafbefehl ergehen, auch wenn eine Hauptverhandlung aufgrund der erzieherischen Wirkung als für den Beschuldigten passender erachtet wird.⁷⁷⁰ Fraglich erscheint im Übrigen, ob das Strafbefehlsverfahren seinem prozessökonomischen Zweck noch gerecht wird, wenn die strikte Anwendung bei vorliegenden Voraussetzungen dazu führt, dass bei mehreren Mitbeschuldigten eine Verfahrenstrennung notwendig wird, wenn nur bei einzelnen die Strafbefehlsvoraussetzungen vorliegen.⁷⁷¹ Diese in verschiedener Hinsicht fehlende Flexibilität wird vermehrt als Schwäche des Strafbefehlsverfahrens angesehen. So wurde am 3.

⁷⁶⁹ Es dürfen höchstens die rechtliche Beurteilung und die Rechtsfolgen geändert werden, und dies im Übrigen nur, wenn der Staatsanwalt nicht darauf beharrt. Falls dieser nicht einlenkt, muss der Richter eine Hauptverhandlung anberaumen (§ 408 Abs. 3 S. 2 dStPO); kritisch MÜLLER, S. 282 ff.

⁷⁷⁰ KIRCH, S. 7: «[...] muss befürchtet werden, dass ohne die Warnfunktion [...] der mündlichen Verhandlung in manchen Fällen der Beschuldigte [...] die Bedeutung der Straftat nicht erfasst.»

⁷⁷¹ Statt vieler für die anderslautende Regelung im deutschen Recht MALEIKA, S. 186.

Juni 2009 im Nationalrat eine Motion («Motion Bischof») eingereicht, welche neben dem generellen Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens in besonders schweren Fällen ein diesbezügliches Ermessen des Staatsanwaltes bei ungeeigneten Fällen fordert.⁷⁷² Dazu hat sich der Bundesrat auf den Standpunkt gestellt, die verlangte Voraussetzung der fehlenden Eignung für den Ausschluss eines Strafbefehlsverfahrens erweise sich als zu unbestimmt. Damit könne die Staatsanwaltschaft allein entscheiden, ob sie ein Strafbefehlsverfahren durchführen wolle, ohne dass das Gesetz Kriterien nenne. Vorschriften über die Zuständigkeit und die Art des Verfahrens hätten jedoch so bestimmt zu sein, dass die im Einzelfall anwendbaren Verfahrensbestimmungen und -arten vorhersehbar seien.⁷⁷³

Das praktisch uneingeschränkte Ermessen des **deutschen** Staatsanwaltes bei der Frage, ob er den Strafbefehl beantragen soll, wird bisweilen als problematisch angesehen. Insbesondere die in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Rechtsgleichheit und das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangen eine Gleichbehandlung der Fälle und einen Vorzug des Strafbefehls bei erfüllten Voraussetzungen. Die gesetzliche Norm, die das Ermessen vorsieht, verstösst zwar nicht an sich gegen diese Grundsätze, doch ist darauf zu achten, dass diese als Einschränkung des staatsanwaltschaftlichen Ermessensspielraums herangezogen werden.⁷⁷⁴ Der Druck für den Beschuldigten, im Rahmen von Absprachen ein Geständnis abzulegen und dafür ein Strafbefehlsverfahren statt eines Normalverfahrens zu erhalten, wird grösser, je weiter das Ermessen des Staatsanwaltes ist.⁷⁷⁵ 309

Ob Präventionsziele tatsächlich bei der Entscheidung für oder gegen das Strafbefehlsverfahren herangezogen werden sollten, ist umstritten.⁷⁷⁶ Allerdings verlangt die zweifellos abgeschwächte Warnwirkung bei einer Erledigung durch Strafbefehl (mangels Ermessen in der **Schweiz**) in den kritischen Fällen nach einer Kompensation. Diese könnte in einer mündlichen Eröffnung und Belehrung bestehen. Im **deutschen** Recht ist umgekehrt darauf zu achten, dass der Einfluss spezial- und generalpräventiver Überlegungen auf die Entscheidung des Staatsanwaltes bei der Wahl der Verfahrensart nicht in Willkür resultiert und zu Missbrauch führt. 310

⁷⁷² Motion Bischof (09.3494; Änderung der Strafprozessordnung. Gewalttäter wieder vor den Richter); zum Hauptanliegen der Motion siehe hinten N 367 und zur Eignungsvoraussetzung als strukturelle Sicherung hinten N 409 ff.

⁷⁷³ [Http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093494](http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093494) (Link zuletzt besucht am 31. Dezember 2009).

⁷⁷⁴ Zum Ganzen bspw. MÜLLER, S. 276.

⁷⁷⁵ Zur Abspracheanfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens siehe bereits vorne N 94 ff.

⁷⁷⁶ Ablehnend KMR-FEZER, § 407 N 12; kritisch L/R-GÖSSEL, § 407 N 52; SK-WESS-LAU, § 407 N 7; für die Berücksichtigung AK-LOOS, § 407 N 22; MEURER, S. 885; BT-Drs. 10 1313, S. 34; Nr. 175 Abs. 3 RiStBV.

5.3 Zusammenfassung

- 311 Während in Deutschland das Recht auf Beurteilung einer strafrechtlichen Anklage durch ein *Gericht*, ohne Zutun des Betroffenen, organisatorisch und aufgrund der verfassungsmässigen Gewaltenteilung zwingend festgelegt wird, kennt die Schweiz keinen ausdrücklichen Richtervorbehalt. Es gilt lediglich die Rechtsweggarantie, welche die Beurteilung eines Straffalls durch eine nichtrichterliche Behörde zulässt, wenn danach der Weg an eine richterliche Behörde offen steht. Dafür genügt bereits der gesetzliche Anspruch. Ob der Betroffene den gerichtlichen Weg beschreiten will, ist diesem selbst überlassen. Diesen Anforderungen wird in der Schweiz grundsätzlich durch die Einsprachemöglichkeit und das nachfolgende gerichtliche Verfahren gefolgt. Die grundlegende Garantie des gesetzlichen, unabhängigen und unparteilichen «Richters» (im funktionalen Sinne) muss für den Erlass des Strafbefehls aber in beiden Ländern gelten – unabhängig von der urteilenden Behörde.
- 312 Obwohl die staatsrechtliche Zuordnung der Staatsanwaltschaft auch in der **Schweiz** umstritten ist, führt dies nicht zu Widersprüchen im Strafbefehlsverfahren. Da die vorgelagerte Beurteilung durch nichtrichterliche Behörden zulässig ist, muss alleine auf die Funktion abgestellt werden. Der Erlass eines Strafbefehls ist ein Akt der Rechtsprechung. Der Staatsanwalt übt also eine richterliche Funktion aus und muss den erhöhten Anforderungen an eine solche genügen. Insbesondere muss er unabhängig und unparteilich, seine Kompetenz gesetzlich verankert sein. Der Schweizer Staatsanwalt erfüllt die Anforderungen an die Gesetzlichkeit und auch an die funktionelle Unabhängigkeit. Einzig Unparteilichkeit und Unbefangenheit sind bei einem Untersuchungsorgan, das über die Stichhaltigkeit seines eigenen Untersuchungsergebnisses entscheidet, nicht garantiert. Darin besteht ein deutliches strukturelles Defizit des zürcherischen und schweizerischen Strafbefehlsverfahrens. Dasselbe gilt für den Anklagegrundsatz, welchem im schweizerischen Strafbefehlsverfahren naturgemäss nicht nachgekommen wird. Allerdings wird bisweilen auch für die Schweiz eine Regelung analog der deutschen gefordert, nach welcher der schweizerische Staatsanwalt den Strafbefehl bei einem Richter zu beantragen hat – das Defizit wird also nicht einhellig als strukturell angesehen.
- 313 Das **deutsche** Recht setzt der generellen Kritik gegenüber dem Strafbefehlsverfahren das Erfordernis des Richters als eigentliche Kontroll- und Urteilsinstanz entgegen. Formell werden sowohl der strenge verfassungsrechtliche Vorbehalt des Richters als auch die Anforderungen an diesen eingehalten. Auch der Anklagegrundsatz wird nicht eingeschränkt. Schwachpunkte sind aber die Bindung des Richters an die Anträge des Staatsanwaltes und die in der Praxis fehlende, effektive Kontrolle. Der Richter unterzeichnet lediglich den Strafbefehlsentwurf, materiell stammt das Urteil aus der Feder des Staatsanwaltes. So können die personelle, organisatorische und funktionelle Abhängigkeit des deutschen Staatsan-

walts und die gleichzeitig fehlende Entscheidungsfreiheit und damit eingeschränkte Unabhängigkeit des Richters zumindest in Einzelfällen eine unabhängige Entscheidung gefährden. In Deutschland besteht in dieser Bindung ein Defizit, welches keineswegs an die schriftliche Natur des Strafbefehlsverfahrens gebunden ist.

Das fehlende Ermessen des **schweizerischen** Staatsanwaltes bei Erlass des Strafbefehls entspricht dem Prinzip der Rechtsgleichheit. Ein Ermessen des Staatsanwaltes wäre bei zurückhaltendem Vorgehen und entsprechender Regelung indes problemlos möglich und angebracht, ohne dass damit die Rechtsgleichheit verletzt würde. So verlangt auch das weite Ermessen des **deutschen** Staatsanwaltes bei der Antragsstellung einen verantwortungsvollen Umgang und die Wahrung des Prinzips der Rechtsgleichheit bei der Ermessensentscheidung. Bedenklich bleibt allerdings die Drucksituation, in welcher sich der Beschuldigte bei uneingeschränktem Ermessen befindet. 314

6. Anhörung des Beschuldigten

6.1 Gesetzliche Regelung

Über die bereits behandelte Gewährung des rechtlichen Gehörs im Vorverfahren hinaus wird *prinzipiell* keine zusätzliche Vernehmung des Beschuldigten vor Erlass des Strafbefehls verlangt.⁷⁷⁷ 315

Als einzige Ausnahme gilt, dass nach **zürcherischem** Recht der Staatsanwalt den Beschuldigten dann vorgängig (gar persönlich) zur Sache zu befragen und zu den Rechtsfolgen einzuvernehmen hat, wenn ein Widerruf des bedingten Strafvollzuges einer Freiheitsstrafe oder die Anordnung einer vollziehbaren Freiheitsstrafe in Frage kommt.⁷⁷⁸ Daraus kann geschlossen werden, dass in allen anderen Fällen auch im Kanton Zürich polizeiliche Einvernahmeprotokolle für den Erlass eines Strafbefehls ausreichen.⁷⁷⁹ Die einst generell zwingende Anhörung durch die Strafbefehlsbehörde wurde durch die Änderung anlässlich der Revision vom 24. September 1995 abgeschafft.⁷⁸⁰ Dennoch verlangen die Weisungen über den gesetzlichen Wortlaut hinaus, dass auf die Einvernahme durch 316

⁷⁷⁷ Für das zürcherische Recht siehe § 317 Abs. 3 zhStPO (e contrario), für die schweizerische Regelung siehe die Gesetzesmaterialien zu § 352 ff. chStPO (AB SR 2006, S. 1050, AB NR 2007, S. 1024) und für das deutsche Recht § 407 Abs. 3 dStPO (expressis verbis).

⁷⁷⁸ § 317 Abs. 3 zhStPO; SCHMID, Strafprozessrecht, N 910; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 12 f.

⁷⁷⁹ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 12, WBA 48.2.

⁷⁸⁰ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 12.

den Staatsanwalt nur dann verzichtet werden sollte, wenn der Beschuldigte in der protokollarischen Befragung durch die Polizei den gesamten, vom gesetzlichen Tatbestand umfassten Sachverhalt als zutreffend anerkannt hat. Zudem ist nach den Weisungen bei fremdsprachigen Beschuldigten die Kenntnisnahme des Strafbefehls in einer Einvernahme unter Beizug eines Übersetzers zu dokumentieren, da für die Durchsetzung des Strafbefehls die nachweisbare Kenntnisnahme des Inhalts durch den Beschuldigten verlangt wird. Dasselbe gilt, wenn dem Beschuldigten Berichte oder Gutachten vorzuhalten sind. Selbst bei einem Verzicht auf Einvernahme wird empfohlen, den Beschuldigten zur Aushändigung des Strafbefehls vorzuladen, denn «bei dieser Gelegenheit kann der Strafbefehl erläutert, Akteneinsicht gewährt und eine allfällige Einsprache entgegengenommen werden».⁷⁸¹

- 317 Im bundesrätlichen Entwurf zur **schweizerischen** Strafprozessordnung war eine Einvernahme noch zwingend vorgesehen, wenn mit dem Strafbefehl eine zu verbüssende Freiheitsstrafe oder eine zu leistende gemeinnützige Arbeit ausgesprochen werden sollte.⁷⁸² Diese Norm wurde in den parlamentarischen Beratungen auf Antrag der rechtsberatenden Kommission, ohne stichhaltige Begründung, ersatzlos gestrichen.⁷⁸³ Damit geht die fehlende zwingende Einvernahme nicht nur aus der Abwesenheit einer entsprechenden Regelung, sondern auch aus den Gesetzesmaterialien hervor. Jedoch ist in jenen Fällen von einer zwingenden Einvernahme auszugehen, in denen sich eine solche durch das materielle Recht aufdrängt, namentlich für das Einverständnis der betroffenen Person zur Leistung von gemeinnütziger Arbeit.⁷⁸⁴
- 318 In **Deutschland** braucht der Beschuldigte gemäss § 407 Abs. 3 dStPO vor Erlass des Strafbefehls ebenfalls nicht angehört zu werden. Diese Bestimmung stellt eine ausdrückliche Abweichung von § 33 Abs. 3 dStPO dar, welcher bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Beteiligter vor einer gerichtlichen Entscheidung ausserhalb einer Hauptverhandlung zu hören ist.⁷⁸⁵ Der Beschuldigte wird demnach weder durch den entscheidenden Richter noch durch den antragstellenden Staatsanwalt und damit weder unmittelbar vor noch nach gestelltem Strafbe-

⁷⁸¹ Zum Ganzen siehe WBA Ziff. 48.2; nach Kenntnis der Verfasserin wird dem durch einen *Grossteil* der zürcherischen Staatsanwälte (bzw. Mitarbeiter) nachgekommen.

⁷⁸² Art. 356 E StPO; Botschaft E StPO, S. 1290; noch von einer solchen Regelung ausgehend RIKLIN, Strafbefehl, S. 768; SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 530.

⁷⁸³ AB SR 2006, S. 1050, AB NR 2007, S. 1024; dazu auch vorne Fn. 30; zu den vorgenommenen Änderungen zur Verbesserung der Effizienz des Strafbefehlsverfahrens WICKI, S. 225; kritisch zur Streichung SCHMID, Handbuch, N 1357.

⁷⁸⁴ Art. 37 Abs. 1 StGB; Botschaft E StPO, S. 1290; Goldschmid/Maurer/Sollberger-FALKNER, S. 345; SCHMID, Handbuch, N 1357 (Fn. 27), nach diesem auch bei einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB.

⁷⁸⁵ Dazu KIRCH, S. 99.

fehlsantrag gehört.⁷⁸⁶ Eine solche Anhörung war zwar sowohl anlässlich der Ausarbeitung des Strafverfahrensänderungsgesetzes von 1987⁷⁸⁷ als auch bei der Wiedereinführung der Freiheitsstrafe als mögliche Rechtsfolge im Strafbefehlsverfahren durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz von 1993 vereinzelt gefordert, im Ergebnis jedoch – aus prozessökonomischen Gründen – abgelehnt worden.⁷⁸⁸

6.2 Defizit: Anspruch auf rechtliches Gehör

Das rechtliche Gehör dient der wirksamen Verteidigung des Beschuldigten und (nach überwiegender Ansicht) auch der Wahrheitsfindung. Auf die Probleme der Vernehmung des Beschuldigten, welche sich im Vorverfahren ergeben, wurde bereits an früherer Stelle eingegangen.⁷⁸⁹ Wie daselbst bereits angekündigt, muss die mangelhafte Gehörsgewährung im Vorverfahren nach dessen Abschluss nachgeholt werden, um dem Recht auf eine wirksame Verteidigung, aber auch dem Prinzip der materiellen Wahrheit gerecht zu werden.⁷⁹⁰ Wie bereits mehrfach festgehalten, ist der rechtskräftige Strafbefehl für den Beschuldigten ein vollstreckbares Urteil. Dies bedeutet zwar nicht, dass die Gehörsgewährung im Strafbefehlsverfahren genauso umfassend ausgestaltet werden muss, dennoch wird mit der urteilsgleichen Wirkung des Strafbefehls eine *vorherige* Anhörung durch die *entscheidende* Behörde notwendig.⁷⁹¹ Fraglich ist deshalb, ob es mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör vereinbar ist, dass der Beschuldigte nach Abschluss des Vorverfahrens und vor Erlass des Strafbefehls im Regelfall von der entscheidenden Behörde nicht mehr angehört werden muss.

Die einmalige (meist polizeiliche) Einvernahme in der **Schweiz** genügt für die Einhaltung des Gehörsanspruches gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht. Das Argument, das Strafbefehlsverfahren brauche im Gegensatz zum ordentlichen Strafverfahren deshalb kein formalisiertes rechtliches Gehör, weil der Strafbefehl einen Urteilsvorschlag und damit selber schon ein Mittel der Gehörsgewährung darstelle,⁷⁹² kann schon aufgrund des autoritativen Wesens des Strafbefehls und erst recht mit Sicht auf die Wahlfreiheit des Beschuldigten⁷⁹³ nicht gelten. Tatsache ist zudem, dass im Normalverfahren eine Befragung des in der Hauptverhandlung anwesenden Angeklagten stattfinden

⁷⁸⁶ Statt vieler L/R-GÖSSEL, § 407 N 64.

⁷⁸⁷ KIRCH, S. 99 ff.; FEZER, FS-Baumann, S. 398 ff.

⁷⁸⁸ MALEIKA, S. 134 f. zu den Forderungen im Verlaufe des Gesetzgebungsprozesses.

⁷⁸⁹ Siehe vorne N 177 ff.

⁷⁹⁰ KK-FISCHER, § 407 N 20; LÄMMLI, S. 115; MALEIKA, S. 136, 164; VILLIGER, N 470 ff.

⁷⁹¹ Siehe ESER, S. 664, nach welchem diese nicht in jedem Fall mündlich sein muss.

⁷⁹² So LEUPOLD, S. 248.

⁷⁹³ Siehe hinten N 459.

muss.⁷⁹⁴ Damit ergibt sich eine deutliche Abweichung der diesbezüglichen Strafbefehlsregelung von der Regelung im Normalverfahren.

- 321 Im **deutschen** Recht wird vor Erlass des Strafbefehls von einer Vernehmung durch den entscheidenden Richter ausdrücklich abgesehen.⁷⁹⁵ Dabei wird hingenommen, dass sich der Beschuldigte mit einem späteren Einspruch oder der polizeilichen Vernehmung zufrieden geben muss.⁷⁹⁶ Zwar hat der entscheidende Richter auch vor Erlass des Strafbefehls das Recht, den Beschuldigten zu vernehmen, jedoch hat der Beschuldigte keinen eigenen Anspruch, von diesem vernommen zu werden. Somit kennen sowohl der Richter als auch die Anklägerin die Verteidigungsargumente des Beschuldigten höchstens aus zweiter Hand, sofern der Beschuldigte überhaupt bereit ist, gegenüber der Polizei auszusagen. Verlangt dieser, vor einem Richter auszusagen und wird ihm dies verwehrt, so ist der Erlass des Strafbefehls dennoch zulässig, da die Vernehmung an sich keine gesetzliche Prozessvoraussetzung darstellt.⁷⁹⁷ Unabhängig von der Gewährung des Gehörs im Vorverfahren ist fraglich, ob diese Bestimmung dem Verfassungsgrundsatz gemäss Art. 103 Abs. 1 GG genügt.⁷⁹⁸ Dieser besagt, dass dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden muss, sich vor einer Verurteilung zu äussern. Die herrschende Ansicht sieht den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör durch die Möglichkeit des Einspruchs mit anschließender Hauptverhandlung als gewahrt an.⁷⁹⁹ Nicht zuletzt mit Blick auf die defensive Lage des Beschuldigten und die grosse Bedeutung des *vorgängigen* rechtlichen Gehörs kann dieser Ansicht jedoch nicht kritiklos gefolgt werden. So muss sich der Beschuldigte mit seiner nachträglichen Äusserung gegen eine bereits abschliessend getroffene richterliche Entscheidung wehren, was ihn zweifellos in eine schwächere Position versetzt als bei einer vorgängigen Gewährung des rechtlichen Gehörs. Im Sinne einer Optimierung des rechtlichen Gehörs ist für das deutsche Recht daher eine § 201 dStPO entsprechende Norm zu fordern. Danach müsste dem Beschuldigten vor Erlass des Strafbefehls der Strafbefehls-

⁷⁹⁴ So im schweizerischen Recht ausdrücklich in Art. 342 Abs. 3 chStPO.

⁷⁹⁵ Zur Anhörung durch den Ermittlungsrichter, wenn sich die Verfolgungsbehörde dadurch ein Geständnis erhofft, siehe ESER, S. 661; zur Anhörung durch den entscheidenden Richter im Sinne weiterer Beweiserhebungen, ESER, S. 662 m.w.H.

⁷⁹⁶ ESER, S. 661 m.H. auf BVerfGE 3, 248, 253.

⁷⁹⁷ Zum Ganzen ESER, S. 662 f. m.H. auf die Sanktionslosigkeit der Gehörsverletzung.

⁷⁹⁸ Zum Verfassungsrang des richterlichen Gehörs und zur diesbezüglichen Pflicht des Gesetzgebers, ESER, S. 663, insbesondere Fn. 44; a.A. DAHS, S. 119 f.: «Der Zweck des Strafbefehlsverfahrens würde durch eine vorherige, naturgemäss zeitraubende Anhörung gefährdet; eine Ausnahme vom Grundsatz vorherigen Gehörs ist demnach hier zulässig.» (S. 120).

⁷⁹⁹ Zum Grundsatz ROXIN/SCHÜNEMANN, § 18 N 10, m.H. auf die Ausnahme in § 407 Abs. 3 dStPO; kritisch dazu MÜLLER, S. 280 m.H. auf Literatur und Rechtsprechung in Fn. 77.

antrag mitgeteilt werden – mit der Möglichkeit, sich innert Frist zum Vorwurf zu äussern.

Das rechtliche Gehör wird somit im Strafbefehlsverfahren **beider Länder** nicht vor der Entscheidung gewährt. Darin besteht eine wesentliche Abweichung zum Normalverfahren.⁸⁰⁰ Fraglich ist nur, ob es sich hier um ein strukturelles Problem des Strafbefehlsverfahrens handelt. Ein offensichtlicher Grund, weshalb die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor dem Strafbefehlserlass das Strafbefehlsverfahren an sich in Frage stellen würde oder in der Praxis nicht durchführbar wäre, besteht nicht. Die Entwicklung und der Blick auf die Gesetzesmaterialien zeigen, dass die Einschränkung des rechtlichen Gehörs immer wieder damit begründet wird, dass die zwingende Durchführung einer Anhörung vor dem Strafbefehlserlass mit den prozessökonomischen Zielen des Strafbefehlsverfahrens nicht zu vereinbaren sei. Das Argument, eine Anhörung könnte der Effektivität des Verfahrens schaden, vermag aber nicht zu überzeugen.⁸⁰¹ Geht man davon aus, dass eine signifikante Zahl von Einsprüchen nur deshalb erfolgt, weil der Beschuldigte sich nicht vorgehend zu den Vorwürfen hat äussern können, so würde sich eine vorherige Anhörung gar positiv auf die Effizienz des Verfahrens auswirken, wenn damit ein Grossteil der (in Deutschland doch häufigen) Einspruchsverfahren verhindert werden könnte.⁸⁰² Dass eine Einvernahme vor Erlass des Strafbefehls schliesslich durchaus im Rahmen des ressourcentechnisch Möglichen liegt, zeigt das Vorgehen einiger Staatsanwälte im Kanton Zürich.⁸⁰³ Die Einführung einer zwingenden Anhörung des Beschuldigten durch die Strafbefehlsbehörde vor Erlass des Strafbefehls ist demzufolge als grundsätzlich wünschenswert anzusehen. Insgesamt gilt die Einschränkung des rechtlichen Gehörs des Beschuldigten unbestritten als Defizit des Strafbefehlsverfahrens. In der Frage, ob es strukturell bedingt sei, ist man sich jedoch nicht einig.⁸⁰⁴ Dies kann aber, wie noch zu sehen sein wird, vorliegend offen gelassen werden.

⁸⁰⁰ Zu den grundsätzlichen, kommunikationstheoretischen Bedenken bei fehlender Anhörung MÜLLER, S. 122, allgemein zu sozialwissenschaftlichen Erklärungsansätzen im Zusammenhang mit dem Strafbefehlsverfahren, S. 120 ff.

⁸⁰¹ So auch ESER, S. 666: «Denn schon rein faktisch kann keine Rede davon sein, dass die Institution einer irgendwie gearteten, richterlichen Anhörung zweckentfremdet oder ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde.»; MÜLLER, S. 327, schlägt stattdessen die Einführung einer schriftlichen Stellungnahme vor; a.A. DAHS, S. 120.

⁸⁰² ESER, S. 666; FEZER, ZStW 1994, S. 41, stützt seine Forderung in erster Linie auf dieses Argument, im Übrigen fordert er eine Anhörung vor dem Strafbefehlsantrag.

⁸⁰³ Deren Praxis besteht (WBA Ziff. 48.2 folgend) darin, einen Beschuldigten zur Sache zu vernehmen und diesem, falls er (noch) geständig ist, sofort einen Strafbefehl auszustellen, zu erläutern und den Empfang sogleich vom Beschuldigten bestätigen zu lassen.

⁸⁰⁴ ESER, S. 664 f. m.w.H., sieht darin ein behebbares und damit nicht-strukturelles Problem; a.A. DAHS, S. 120.

6.3 Fazit

323 Bereits bei der Prüfung des rechtlichen Gehörs im Vorverfahren wurde festgestellt, dass dessen Anforderungen gerade im Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens äusserst tief gehalten werden und damit vor allem den Ansprüchen an ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht genügen. Im Normalverfahren kann eine mangelhafte Gehörsgewährung im Vorverfahren mit der mündlichen Hauptverhandlung kompensiert werden, da dem Angeklagten dort nochmals die Möglichkeit gegeben wird, auf die nachfolgende Entscheidung hinzuwirken. Im Strafbefehlsverfahren fehlt dieses Korrektiv der Hauptverhandlung. Da der Beschuldigte (mit einer zürcherischen Ausnahme) weder vom schweizerischen Staatsanwalt noch vom deutschen Richter angehört werden muss, ergeht die Entscheidung in beiden Ländern, ohne dass eine allfällige Stellungnahme des Beschuldigten bei der Überzeugungsbildung durch die entscheidende Behörde berücksichtigt werden könnte. Die ohnehin notorisch mangelhafte Transparenz im Strafbefehlsverfahren sollte durch eine Anhörung vor Erlass des Strafbefehls optimiert werden. Dies zum einen deshalb, weil eine nachträgliche Gehörsgewährung nicht mehr dieselbe Wirkung hat, zum anderen, da beim Betroffenen oft eine gewisse (aufgrund des fehlenden Verschlechterungsverbot es durchaus nachvollziehbare) «Scheu»⁸⁰⁵ besteht, zu opponieren. Dabei könnte es sich durchaus auch um eine Einladung zu einer, wahlweise mündlichen oder schriftlichen, Stellungnahme handeln. Ein solches Vorgehen sollte denn auch ohne ungebührlichen Aufwand möglich sein. Da die Frage nach der Natur des Gehörs-Defizits bisher offen gelassen wurde, ist im nachfolgenden 3. Teil der Vollständigkeit halber dennoch zu prüfen, ob das fehlende rechtliche Gehör im Strafbefehlsverfahren anderweitig ausgeglichen werden kann.

7. Stellung des Verletzten

324 Um dem (durch eine Straftat) Verletzten für seine Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen den zusätzlichen Weg an ein Zivilgericht und dem Staat zusätzlichen Aufwand zu ersparen, wird im Strafverfahren ein Adhäsionsverfahren vorgesehen, welches beide Beurteilungen aneinander koppeln soll.⁸⁰⁶ Nachfolgend ist zunächst die Stellung Verletzter im Strafverfahren beider Länder im All-

⁸⁰⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 5: «Angesichts der weittragenden Bedeutung, die ein Strafmandat für den Verurteilten aufweist, und der Scheu des Betroffenen zu opponieren, ist es angezeigt den Beschuldigten vorher einzuvernehmen [...]».

⁸⁰⁶ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 15; zur Entwicklung PFENNINGER, SJZ 1960, S. 181 ff.; BOMMER, Verletztenrechte, S. 45; den deutschen Adhäsionsprozess mit der französischen «action civile» vergleichend SPIESS K., S. 232 ff.; zur Frage der Befreiung von der Last der Verhandlungsmaxime nochmals BOMMER, Verletztenrechte, S. 48.

gemeinen zu überprüfen und dann darauf einzugehen, welche der im Normalverfahren gewährten Rechte auch im Strafbefehlsverfahren geltend gemacht werden können.⁸⁰⁷

7.1 Allgemeine Stellung des Verletzten

Unabhängig von der Art des Verfahrens gilt im **zürcherischen** Recht gemäss § 395 Abs. 1 Ziff. 2 zhStPO als Geschädigter, wem durch die der gerichtlichen Beurteilung unterstellten Handlungen unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde oder zu erwachsen drohte.⁸⁰⁸ Während der Geschädigtenbegriff kantonal geregelt ist, ist der Begriff des Opfers bundesrechtlich festgelegt.⁸⁰⁹ Danach gilt jene Person als Opfer, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt (und nicht nur gefährdet) wurde. Für das schweizerische Recht gilt insgesamt: Jedes Opfer gilt auch als geschädigte Person, jedoch ist nicht jeder Geschädigte auch ein Opfer. Im Kanton Zürich wird unterschieden zwischen der Stellung des Geschädigten als Antragsteller bei Antragsdelikten,⁸¹⁰ als Zivilkläger im Officialverfahren und schliesslich als Privatstrafkläger im Ehrverletzungsverfahren.⁸¹¹ Da im letzten Fall Initiative und Durchführung ohnehin allein in der Hand des Geschädigten liegen, ist im Folgenden nur die Rolle des Geschädigten bei Antrags- und Officialdelikten von Interesse.

Der Geschädigte im Normalverfahren kann den Ausgleich der materiellen und immateriellen Nachteile in Form von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen in einem Adhäsionsprozess geltend machen. Dafür sieht die zürcherische Strafprozessordnung weitgehende Verfahrensrechte für den Geschädigten vor.⁸¹² So ist diesem nach § 10 Abs. 1 zhStPO Gelegenheit zu geben, den Einvernahmen der Zeugen und Sachverständigen beizuwohnen und an diese Fragen zu stellen, welche zur Aufklärung der Sache dienen können. Auch ist der Geschä-

⁸⁰⁷ Weiterführend zu den Gründen für die Gewährung von Verletztenrechten BOMMER, ZStrR 2003, S. 172 ff.; zum Orientierungsrecht des Verletzten PFENNINGER, SJZ 1960, S. 185 ff.; zu den Informations-, Schutz- und Beteiligungsrechten gemäss Opferhilfegesetz (jedoch zum aOHG) siehe WEISHAUPT, OHG, S. 63 ff.

⁸⁰⁸ SCHMID, Strafprozessrecht, N 502 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

⁸⁰⁹ Art. 1 Abs. 1 OHG.

⁸¹⁰ Dazu statt vieler SCHMID, Strafprozessrecht, N 510, hier kommt dem Geschädigten insofern eine Schlüsselstellung zu, als das Strafverfahren nicht eingeleitet und durchgeführt werden kann, solange der Strafantrag nicht gestellt wurde. Dann aber wird das Verfahren von den Strafverfolgungsorganen betrieben, ohne dass es sich vom Verfahren bei Officialdelikten unterscheidet.

⁸¹¹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 512, hier muss der Geschädigte als Ankläger das Verfahren einleiten und bis zum Urteil selbst durchziehen.

⁸¹² SCHMID, Strafprozessrecht, N 514 ff., zu den wenigen Pflichten N 526.

digte nach Abs. 2 berechtigt, dem Untersuchungsbeamten die zur Feststellung des Schadens geeigneten Anträge zu stellen.⁸¹³ Zudem wird er zur Erklärung angehalten, ob und in welchem Umfang er Zivilansprüche stelle und ob er eine Vorladung zur Hauptverhandlung verlange. Gemäss Abs. 3 ist dem Geschädigten überdies Gelegenheit zu geben, Einsicht in die Akten zu nehmen und den Einvernahmen des Beschuldigten beizuwohnen, soweit dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen kann. Abs. 4 und 7 konkretisieren die Rechte des Opfers im Sinne des Opferhilfegesetzes und sehen vor, dass diesem auf Verlangen wesentliche Verfahrensentscheide zugestellt werden und Vertrauenspersonen zuzulassen sind.⁸¹⁴ Abs. 5 regelt (auf der Grundlage von Art. 29 Abs. 3 BV) die Möglichkeit einer unentgeltlichen Geschädigtenvertretung. Dazu kommt das Recht des Geschädigten, zu den entsprechenden Verhandlungen vorgeladen zu werden (§ 162 Abs. 3 zhStPO; §§ 173 ff. zhGVG). Vor Gericht kann der Geschädigte seine Ansprüche sodann mündlich begründen (§ 248 f., § 283 Abs. 2 und § 423 ff. zhStPO). Schliesslich stehen diesem auch Rechtsmittel zu (unter anderem § 395 Abs. 1 Ziff. 2 zhStPO), mittels welcher er bestimmte Entscheide sogar im Schuld- und Strafpunkt anfechten kann.⁸¹⁵ Gemäss §§ 188 f. zhStPO besteht sodann ein Anspruch auf Prozessentschädigung. Die Verletzung von Verfahrensrechten zum Nachteil des Geschädigten hat nach herrschender Ansicht zur Folge, dass die vorgenommenen Untersuchungshandlungen nichtig sind.⁸¹⁶

- 327 Nach **schweizerischem** Recht wird generell unterschieden zwischen Geschädigten, Opfern und Privatklägern.⁸¹⁷ Als Geschädigter gilt gemäss Art. 115 Abs. 1 chStPO jede Person, «die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist».⁸¹⁸ Im Strafverfahren gilt der Geschädigte nicht als Partei, sondern als «anderer Verfahrensbeteiligter» im Sinne von Art. 105 Abs. 1 lit. a chStPO. Als Opfer wiederum gilt entsprechend der Bestimmung im Opferhilfegesetz jede geschädigte Person, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (nun in Art. 116 Abs. 1 chStPO).⁸¹⁹ Das Opfer wird indes weder ausdrücklich zu den Parteien in

⁸¹³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 517, da Bestand und Umfang des Zivilpunktes meist vom Strafpunkt abhängen, ist der Geschädigte mit Anträgen zum Schuldpunkt zuzulassen.

⁸¹⁴ Zur Mitteilung von Entscheiden siehe auch § 186 Abs. 2 zhGVG, § 40 zhStPO, § 320 zhStPO (für Strafbefehle); zu den Verfahrensrechten des Opfers siehe Art. 37 OHG.

⁸¹⁵ Mit Hinweis auf die Einschränkungen SCHMID, Strafprozessrecht, N 523, Fn. 178.

⁸¹⁶ SCHMID, Strafprozessrecht, N 516 m.H. auf § 15 zhStPO, welcher sich allerdings nur auf die Rechte des Beschuldigten in § 14 zhStPO bezieht.

⁸¹⁷ Weiterführend LIEBER, S. 180 ff.

⁸¹⁸ Zur gleichzeitigen Berechtigung zur Antragsstellung siehe LIEBER, S. 180.

⁸¹⁹ LIEBER, S. 181.

Art. 104 chStPO, noch zu den anderen Verfahrensbeteiligten in Art. 105 chStPO gezählt. Aufgrund seiner Geschädigtenstellung fällt das Opfer aber zumindest unter Art. 105 Abs. 1 lit. a chStPO, wobei ihm darüber hinaus in Art. 117 Abs. 1 chStPO besondere Opferrechte zukommen.⁸²⁰ Vorliegend bedeutend ist in erster Linie die Rolle des Privatklägers. Auch bei diesem handelt es sich um eine geschädigte Person, welche sich aber durch ausdrückliche Erklärung (Art. 118 Abs. 1 chStPO) am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin beteiligt und damit zur Partei im Sinne von Art. 104 chStPO wird.⁸²¹ Konkret muss der Geschädigte gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde bis spätestens zum Abschluss des Vorverfahrens die Erklärung abgeben, dass er die Verfolgung und Bestrafung der für die Straftat verantwortlichen Person und damit die Strafklage verlangt und/oder adhäsionsweise zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat und damit die Zivilklage geltend machen möchte. Gleichbedeutend mit der Erklärung ist ein gültig gestellter Strafantrag.⁸²² Auf diese Möglichkeiten wird der Geschädigte hingewiesen. Nach schweizerischem Recht kommen dem Privatkläger Parteirechte zu. So hat er gemäss Art. 107 Abs. 1 chStPO Anspruch auf rechtliches Gehör und damit unter anderem das Recht auf Akteneinsicht (lit. a), Teilnahme an Verfahrenshandlungen (lit. b), Beizug eines Rechtsbeistandes (lit. c), Äusserung zur Sache (lit. d) und Stellung von Beweisanträgen (lit. e).

Das **deutsche** Recht kennt neben dem allgemeinen Begriff des Verletzten⁸²³ 328 (dieser ist im deutschen Recht zugleich Opfer) den des Privatklägers und den des Nebenklägers. Der Verletzte kann unter gewissen Voraussetzungen, mehrheitlich bei Antragsdelikten, die Rolle eines Privatklägers (ähnlich dem Privatstrafkläger im zürcherischen Ehrverletzungsverfahren) einnehmen.⁸²⁴ Diese Klagemöglichkeit läuft aber gänzlich unabhängig von einer öffentlichen Klage, weshalb darauf vorliegend nicht weiter einzugehen ist. Der Nebenkläger kann dagegen bei bestimmten Straftaten am ordentlichen Strafverfahren teilnehmen und hat dabei eine starke, auch prozessgestaltende Position.⁸²⁵ Die für die Nebenklage in Frage kommenden Delikte sind in der Regel für eine Erledigung im Strafbefehlsverfahren nicht zugänglich. Mangels Vergleichbarkeit ist deshalb auch auf die Rolle des Nebenklägers vorliegend nicht weiter einzugehen. Bleibt die Stellung des Verletzten bei der adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilansprüchen. Dieser hat gemäss § 403 dStPO das Recht, gegen den Beschuldig-

⁸²⁰ Siehe dazu Botschaft E StPO, S. 1170 ff. m.H. auf die zusätzlichen Rechte des Opfers; damit übernimmt die schweizerische Strafprozessordnung den Inhalt von Art. 2 Abs. 1 OHG.

⁸²¹ Siehe dazu LIEBER, S. 182 f.

⁸²² Siehe dazu Art. 118 f. chStPO; zum Vorgehen bei einer solchen Erklärung statt vieler SCHMID, Handbuch, N 697 ff.

⁸²³ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 41 N 5, § 63 N 12.

⁸²⁴ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 63 N 1 ff.

⁸²⁵ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 64 N 1 ff.

ten im Strafverfahren einen vermögensrechtlichen Anspruch geltend zu machen, wenn der Anspruch aus der Straftat erwachsen, noch nicht anderweit gerichtlich anhängig gemacht worden ist und ein ordentliches Gericht dafür zuständig wäre.⁸²⁶ Gemäss § 404 Abs. 2 dStPO hat eine solche Antragstellung dieselben Wirkungen wie die Erhebung der Klage im zivilen Rechtsstreit. Die weiteren Rechte des Geschädigten sind in §§ 406d ff. dStPO geregelt.⁸²⁷ So sieht etwa § 406d dStPO bestimmte Mitteilungen vor, welche dem Verletzten auf Antrag und unter gewissen Voraussetzungen gemacht werden müssen – unter anderem über den Ausgang des gerichtlichen Verfahrens. Gemäss § 406f dStPO kann sich der Verletzte durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, dessen Anwesenheit bei einer Vernehmung des Verletzten zugelassen wird. § 406e dStPO regelt das Akteneinsichtsrecht des Verletzten und sieht diesbezüglich vor, dass (nur) ein Rechtsanwalt, überdies nur unter bestimmten Umständen, vor Abschluss der Ermittlungen die Akten einsehen kann.⁸²⁸ Die verletzte Person ist gemäss § 406h dStPO «möglichst frühzeitig, regelmässig schriftlich und soweit möglich in einer für sie verständlichen Sprache» auf diese Rechte hinzuweisen und auf allfällige weitere Opferrechte aufmerksam zu machen.

7.2 Stellung des Verletzten im Strafbefehlsverfahren

329 Während sich das Recht der Geschädigten in der **Schweiz** zur Zeit noch nach den kantonalen prozessualen Bestimmungen richtet, haben Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes einen bundesrechtlich verankerten Anspruch auf die Beurteilung einer Adhäsionsklage.⁸²⁹ Von diesem Grundsatz wird allerdings im Strafbefehlsverfahren eine Ausnahme gemacht. Das Bundesgesetz überlässt es diesbezüglich den Kantonen, die Beurteilung von Zivilansprüchen zuzulassen oder auszuschliessen.⁸³⁰ Diese Einschränkung wurde in den Gesetzesmaterialien zum früheren Opferhilfegesetz damit erklärt, dass «eine ausnahmslose Anwendung der Bestimmungen [...] diese Verfahren in ihrer bisherigen Form grundsätzlich in Frage stellen»⁸³¹ könnten.

⁸²⁶ Zum Adhäsionsverfahren nach dem Opferreformgesetz 2004 eingehend BAHNSON, S. 52 ff., zum Anspruchsumfang S. 70 ff.; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 65 N 3 ff.

⁸²⁷ Diese wurden zuletzt durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz) vom 29. Juli 2009, BGBl. I S. 2280 ff., in Kraft seit 1. Oktober 2009, aufgewertet.

⁸²⁸ Von ROXIN/SCHÜNEMANN, § 65 N 14 als zu weit gehend betrachtet.

⁸²⁹ Zum alten Recht (Art. 8 Abs. 1 lit. a aOHG) BOMMER, Verletztenrechte, S. 35; neu geregelt in Art. 38 Abs. 1 OHG mit Einschränkungen in Abs. 2 ff.; zum neuen Recht und zum Verhältnis zwischen Zivilanspruch gegen den Täter und öffentlichrechtlichem Anspruch gegen den Staat, WEISHAUP, Leistungen, S. 47 ff.

⁸³⁰ Art. 38 Abs. 4 OHG.

⁸³¹ Botschaft aOHG, S. 988 f. (zu Art. 9 Abs. 4 aOHG).

Im Kanton **Zürich** hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, dass Zivilansprüche gegenüber dem Beschuldigten auch im Strafbefehlsverfahren behandelt werden sollen.⁸³² Ist ein sofortiger Entscheid nicht möglich, werden diese auf den Zivilweg verwiesen. Im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren ist dieser Verweis also unabhängig von der Art der zu beurteilenden Straftat und der Qualifikation des Geschädigten als Opfer möglich.⁸³³ Die Entscheidung über die Zivilforderungen können, wiederum anders als im Normalverfahren, nicht aufgeschoben oder nur im Grundsatz entschieden werden. Wird nicht auf den Zivilweg verwiesen, muss zwingend ein Entscheid gefällt werden.⁸³⁴ Dies gilt auch bei bestrittenen Ansprüchen.⁸³⁵ Als Folge dieser Regelung sind nach zürcherischem Recht sowohl der Geschädigte (und damit ebenso das Opfer)⁸³⁶ als auch dessen Erben zur Einsprache gegen den Strafbefehl berechtigt.⁸³⁷ Die Ausgestaltung dieses Einspracherechts ist dabei im Gegensatz zu den Rechtsmittelverfahren eher grosszügig.⁸³⁸ Allerdings ist zu bedenken, dass Geschädigte in der Praxis des Strafbefehlsverfahrens nicht immer ausfindig gemacht und angehört werden. Zudem findet keine Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher eine Adhäsionsklage mündlich begründet werden könnte.⁸³⁹

Damit ist bereits eine weitere Einschränkung der Verletztenrechte im zürcherischen Recht angesprochen. Wie bereits dargelegt, kann gemäss Praxis und herrschender Ansicht auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet werden, wenn das Vorverfahren sofort mit einem Strafbefehl abgeschlossen werden kann.⁸⁴⁰ Dies hat für den Verletzten zweierlei Wirkungen: Zum einen entfällt mit dieser Verfügung ein wesentliches Informationsmittel. Zum anderen kann der Verletzte seine (eigentlich weitreichenden) Rechte gar nicht wirksam geltend machen. So können Verfahrensbeteiligte frühestens nach Eröffnung der Untersuchung Ein-

⁸³² § 317 Abs. 5 zhStPO; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 29.

⁸³³ Dies wird im ordentlichen Verfahren eingeschränkt (§ 193 bzw. § 193a zhStPO).

⁸³⁴ So auch WBA 48.11 für das Strafbefehlsverfahren, vgl. aber § 193 Abs. 2 und Abs. 3 zhStPO für das Normalverfahren.

⁸³⁵ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 318 N 7.

⁸³⁶ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 321 N 6, Fn. 29; zur Rechtsmittellegitimation des Opfers im Sinne des OHG siehe BOMMER, Verletztenrechte, S. 141 ff.

⁸³⁷ Siehe hinten N 423 ff. zur Einspracheberechtigung.

⁸³⁸ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 321 N 6.

⁸³⁹ Allerdings hat das Opfer neben dem Recht auf Adhäsionsklage gemäss Art. 19 ff. OHG einen (allerdings subsidiären; Art. 4) öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruch gegen den Staat, welcher in einem raschen, einfachen und kostenlosen Verfahren durchgesetzt werden kann, dazu BGE 123 II 4 E. 3b (zu Art. 11 ff. aOHG); BOMMER, Verletztenrechte, S. 128, m.H. auf zusätzliche Alternativen, auch für den Geschädigten.

⁸⁴⁰ Dazu eingehend vorne N 168 ff.

sicht in die Akten nehmen,⁸⁴¹ Einvernahmen von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen beiwohnen und insbesondere zur Feststellung des Schadens geeignete Anträge stellen.⁸⁴² Wird jedoch keine Untersuchung eröffnet, so müssen diese Rechte notgedrungen wegfallen, können sie doch kaum in die polizeiliche Ermittlungsphase vorverlegt werden.⁸⁴³ Auch wenn der zürcherische Verzicht auf die Untersuchungseröffnung bei erwartetem Strafbefehl auf die Rechte des Beschuldigten keinen bedeutenden Einfluss zu haben scheint, dann ist er doch zumindest im Interesse der Geschädigten nicht zufriedenstellend.

- 332 Das **schweizerische** Recht schliesst eine Entscheidung über die Zivilklage gemäss Art. 126 Abs. 2 lit. a chStPO im Strafbefehlsverfahren aus.⁸⁴⁴ Diese Ausnahme vom Anspruch auf Adhäsionsklage hat ihren Ursprung im Opferhilfegesetz.⁸⁴⁵ Berücksichtigt werden die Zivilforderungen aber insoweit, als dass ihre Anerkennung als Feststellung im Strafbefehl vermerkt wird. Wird auch die Höhe der Forderung anerkannt und erfolgt keine Einsprache, gilt die Feststellung als Rechtsöffnungstitel. Werden die Zivilforderungen hingegen bestritten, muss auf den Zivilweg verwiesen werden.⁸⁴⁶ Der Privatkläger ist zudem nach der endgültigen Fassung der Strafprozessordnung nicht einspracheberechtigt.⁸⁴⁷ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Gesetzesmaterialien. So war nach der ursprünglichen Fassung in Art. 358 E StPO «die Privatklägerschaft» als eigene Gruppe von Einspracheberechtigten neben den «weiteren Betroffenen» vorgesehen.⁸⁴⁸ Diese Berechtigung wurde dann jedoch aus Effizienzgründen nicht in die endgültige Fassung aufgenommen.⁸⁴⁹ Das Akteneinsichtsrecht erhält der Geschädigte spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Abnahme der übrigen wichtigsten Beweise.⁸⁵⁰ In dieser Bestimmung ist der Untersu-

⁸⁴¹ Zum Zeitpunkt des Akteneinsichtsrechts des Geschädigten siehe DROESE, S. 92 ff.

⁸⁴² DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, S. 10 mit Verweis auf §§ 10 und 192 ff. zhStPO; HÜRLIMANN, S. 201 ff., knüpft die meisten Informations- und Mitwirkungsrechte des Verletzten an die formelle Eröffnung der Strafuntersuchung.

⁸⁴³ DROESE, S. 95 m.w.H. verlangt zumindest die Gewährung der Akteneinsicht von Verfahrensbeginn an, was in der zürcherischen Praxis aber wohl mit dem Argument der Vereitelung des Untersuchungszwecks in der Regel nicht durchgesetzt werden kann.

⁸⁴⁴ Siehe dazu die Übersicht bei LIEBER, S. 183.

⁸⁴⁵ Art. 34 f. OHG (siehe Anhang 1 chStPO; ersetzt Art. 9 aOHG, bzw. Art. 38 OHG).

⁸⁴⁶ Art. 353 Abs. 2 i.V.m. Art. 126 Abs. 2 lit. a chStPO; Botschaft E StPO, S. 1290 f.

⁸⁴⁷ Zur Einsprachelegitimation siehe hinten N 424.

⁸⁴⁸ SCHMID, Handbuch, N 1360, 1362, Fn. 43.

⁸⁴⁹ AB SR 2006, S. 983 ff., S. 984 (vorne Fn. 30); WICKI, S. 225.

⁸⁵⁰ Generell kritisch zu dieser Regelung DROESE, S. 96 f.: «So wird der Zeitpunkt der Akteneinsicht stets unklar sein, wo nicht eine geringe Zahl schlagender Hauptbeweise, sondern die puzzleartige Kombination zahlreicher Beweise den Schuldnachweis bringen soll: Ist in dieser Lage nun vom Anfang der Untersuchung an Akteneinsicht zu gewähren oder erst bei Abschluss der Untersuchung?»

chungszweck bereits im Wortlaut berücksichtigt und wird als weitergehender Ausschlussgrund nicht zugelassen. Da dieser Verfahrensstand aber vor Erlass eines Strafbefehls oft gar nicht erreicht wird, ist denkbar, dass der Geschädigte sein Einsichtsrecht schlicht verpasst.⁸⁵¹

Das **deutsche** Recht lässt eine Adhäsionsklage nur im Hauptverfahren und selbst dort nur eingeschränkt zu.⁸⁵² Im Strafbefehlsverfahren ist die Entscheidung über Zivilforderungen ausgeschlossen.⁸⁵³ Daran haben weder das Opferschutzgesetz vom 18. Dezember 1986 noch das entsprechende Reformgesetz vom 24. Juni 2004 etwas zu ändern vermocht.⁸⁵⁴ Wird der Strafbefehl ohne Einspruch rechtskräftig, muss der Verletzte seine Forderungen in einem Zivilprozess geltend machen. Dies zieht konsequenterweise mit sich, dass dem Verletzten auch der Rechtsbehelf des Einspruchs gegen den Strafbefehl verwehrt bleibt.⁸⁵⁵ 333

7.3 Defizite/Fazit

Das Adhäsionsverfahren dient in erster Linie der Fürsorge des Geschädigten.⁸⁵⁶ 334 Werden die Zivilforderungen auf den Zivilweg verwiesen oder gar nicht erst zugelassen, muss der Verletzte zusätzlich einen Zivilprozess anstreben. Die Nachteile des fehlenden (bzw. nicht durchsetzbaren) Anspruchs auf Adhäsionsklage im Strafbefehlsverfahren sind für diesen offensichtlich. Die eingeschränkten Mitwirkungsrechte des Verletzten im Strafbefehlsverfahren schränken dessen Möglichkeiten noch weiter ein. Da es sich bei der Fürsorge des Geschädigten eher um eine Leitlinie als um ein absolutes Recht handelt, ist diese Einschränkung womöglich nicht als echtes Defizit zu beurteilen. Eine denkbare Ein-

⁸⁵¹ Dies gilt auch für Situationen im ordentlichen Vorverfahren; DROESE, S. 97: «Ebenso erscheint fraglich, ob es richtig ist, die erste Einvernahme des Beschuldigten als Kriterium zu nennen. Namentlich in Verfahren gegen eine unbekannte oder flüchtige Täterschaft wird es unter Umständen nie zu einer derartigen Einvernahme kommen [...]»); kritisch zum restriktiven Akteneinsichtsrecht RIKLIN, plädoyer 4/06, S. 30.

⁸⁵² BAHNISON, S. 52 ff.; BOMMER, Verletztenrechte, S. 46 m.w.H.; empirisch zur Anwendungshäufigkeit des Adhäsionsverfahrens in Deutschland SPIESS K., S. 198 ff., aufschlussreich auch ihre Untersuchung zur Häufigkeit des (obligatorischen) Rechtshinweises gemäss § 406h Abs. 2 dStPO auf S. 174 ff.

⁸⁵³ Zum Ausschluss im Strafbefehlsverfahren BAHNISON, S. 55 ff. (mit unzutreffender Begründung); KK-FISCHER, § 407 N 30; MEYER-GOSSNER § 403 N 12.

⁸⁵⁴ Zum Reformgesetz SPIESS K., S. 34 ff. (empirische Untersuchung, S. 118 ff.).

⁸⁵⁵ Allgemein zur Einspruchsberechtigung hinten N 425.

⁸⁵⁶ Weiter werden Gründe wie Prozessökonomie, Förderung des Wohls der Volksgemeinschaft und Teil der Sühne einer Straftat angeführt, SPIESS K., S. 11 ff., zur Motivation für die Wiedereinführung des Adhäsionsverfahrens; WANKE, S. 40, sieht den Schutz des Verletzten damit als neben den Strafanspruch des Staates gestellt; zur Rechtfertigung von Verletztenrechten BOMMER, ZStrR 2003, S. 177 ff.

schränkung bewirkt bspw. die Praktikabilität. Die Form des Strafbefehlsverfahrens lasse eine Beurteilung der Zivilansprüche im Normalfall gar nicht zu, so das Argument in den Materialien zum Opferhilfegesetz. Dem ist entgegenzuhalten, dass in denjenigen Fällen, die tatsächlich für das Strafbefehlsverfahren zugänglich sind (Fälle mit klarer Beweislage, eventuell mit vorliegendem Geständnis)⁸⁵⁷ bzw. sein sollten (einfache, überblickbare Fälle)⁸⁵⁸, auch eine Beurteilung der Zivilansprüche möglich sein sollte. Somit gibt es keinen Grund, die Geschädigtenrechte im Rahmen des faktisch Möglichen nicht zu gewähren. Demzufolge handelt es sich hier auch nicht um ein strukturelles Problem des Strafbefehlsverfahrens. Einzuräumen ist allerdings, dass das Strafbefehlsverfahren bei einer persönlichen Konfliktsituation zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten *sowie* einer Kooperationsbereitschaft der Beteiligten mangels tauglicher Kommunikation keine geeignete Verfahrensform darstellt.⁸⁵⁹

- 335 Neben den Nachteilen für den Verletzten bringt die fehlende Adhäsionsklage weitere namhafte Einbussen. So hat unter Umständen auch der Beschuldigte durch ein zusätzliches Zivilverfahren höhere Kosten zu tragen. Im Übrigen entspricht der teilweise Ausschluss der Adhäsionsklage kaum dem prozessökonomischen Grundgedanken des Strafbefehlsverfahrens, wenn zwar das Strafverfahren an sich verkürzt, damit aber ein weiteres Zivilverfahren nötig wird. Deshalb ist die Regelung in der schweizerischen Strafprozessordnung als Mindeststandard anzusehen. So ist es problemlos realisierbar und nicht mit grösserem Aufwand verbunden, von einer zivilrechtlichen Schuldanerkennung im Strafbefehl Vormerk zu nehmen, so dass diese, falls beziffert, zum Rechtsöffnungstitel wird.

8. Zusammenfassung

- 336 Die knappe Darstellung zu Beginn des 2. Teils zum **Wesen** des Strafbefehlsverfahrens kann nun um die erarbeiteten Erkenntnisse erweitert werden:

1. Beim Strafbefehlsverfahren handelt es sich um ein schriftliches Strafverfahren, welches aufgrund fehlender Hauptverhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet. Während in der Schweiz die Ur-

⁸⁵⁷ Dazu hinten N 413 ff.

⁸⁵⁸ Dazu hinten N 410 ff.

⁸⁵⁹ Zum Pilotprojekt für ein Mediationsverfahren im Kanton Zürich SCHWARZENEGGER/THALMANN/ZANOLINI, S. 48 ff. (Schlussbericht); Ausführungen des Regierungsrates, Antrag RR 2005, S. 1046 f.: «So sollten einfache Fälle mit eingestandenem Sachverhalt, die nicht auf einer persönlichen Konfliktsituation beruhen, mit Strafbefehl erledigt werden. Gehe das strafbare Verhalten auf eine Konfliktsituation zurück und seien die Beteiligten zu einer persönlichen Aufarbeitung bereit, sei die Strafmediation angezeigt. Fehle die Kooperationsbereitschaft der Beteiligten, sei das förmliche Strafverfahren fortzusetzen.»

teilsöffentlichkeit bis zu einem gewissen Grad gewahrt bleibt, fehlt eine solche in Deutschland. Eine unmittelbare Beweisaufnahme entfällt in beiden Ländern grundsätzlich.

2. Das Vorverfahren vor einem Strafbefehlsantrag unterscheidet sich in Deutschland nicht von demjenigen vor einer Anklage. Demgegenüber wird in der Schweiz bei einem erwarteten Strafbefehl auf die formelle Untersuchungseröffnung verzichtet.
3. In der Schweiz wird der Strafbefehl vom Staatsanwalt oder einem Mitarbeiter erlassen, wobei diesen kein Ermessen bezüglich der Wahl zwischen Anklage und Strafbefehl zusteht. In Deutschland wird der Strafbefehl vom Staatsanwalt beim zuständigen Richter beantragt, wobei ersterem bei der Entscheidung bezüglich der Verfahrensart faktisch ein weites Ermessen zukommt. Der Richter erlässt den Strafbefehl antragsgemäss, wenn er eine Hauptverhandlung nicht für notwendig erachtet. Ohne Einverständnis des Staatsanwaltes kann er vom Antrag nicht abweichen. Für den Erlass eines Strafbefehls wird in beiden Ländern eine Überzeugung der entscheidenden Behörde von der Schuld des Beschuldigten aufgrund der Akten verlangt. Einer vorgängigen Anhörung des Beschuldigten durch die Strafbefehlsbehörde bedarf es (ausser in einem zürcherischen Ausnahmefall) keine.
4. Im zürcherischen Recht werden Adhäsionsansprüche des Geschädigten im Strafbefehlsverfahren beurteilt. Nach schweizerischem Recht werden lediglich die anerkannten Zivilansprüche im Strafbefehl festgestellt, womit ein Rechtsöffnungstitel geschaffen wird. In Deutschland ist eine adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen ausgeschlossen.
5. Der Strafbefehl gilt in beiden Ländern direkt nach Erlass als suspensiv bedingtes Urteil, welches durch Einsprache aufgehoben werden kann. Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl nach Ablauf der Frist zum rechtskräftigen Urteil, wobei in Deutschland der Umfang der Rechtskraft durch besondere Wiederaufnahmebedingungen eingeschränkt ist. Inhaltlich muss der Strafbefehl in der Schweiz grundsätzlich einem Urteil entsprechen, in Deutschland den Anforderungen an eine Anklageschrift. Jedoch gilt für beide Länder, dass der Strafbefehl keine ausführliche Begründung und über die Thematik des Rechtsbehelfs hinaus keine Belehrungen enthalten muss. Der Strafbefehl wird in beiden Ländern schriftlich eröffnet und mitgeteilt.

Obschon sich Ziele und Ergebnis entsprechen, weist das Strafbefehlsverfahren massive Abweichungen vom Normalverfahren auf. Wie bereits einleitend dargelegt, führen Abweichungen vom Normalverfahren dann zu Garantiedefiziten, wenn sie die Minimalgarantien eines rechtsstaatlichen Strafprozesses unterlaufen. Erkannt wurde aber, dass das Normalverfahren in gewissen Bereichen über die Mindestanforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren hinausgeht und

diesbezüglich durchaus Verkürzungen und Abschwächungen zulässig sind. Insgesamt wurde jedoch sichtbar, dass das Strafbefehlsverfahren auch Defizite mit sich bringt, welche dazu führen, dass das Strafbefehlsverfahren in einem ersten Schritt die Minimalgarantien nicht mehr gewährleisten kann. Dabei wurden verschiedene Kategorien von **Defiziten** erkennbar:

1. Zunächst wurden Defizite sichtbar, welche mit der eigentlichen Struktur des Strafbefehlsverfahrens zusammenhängen (fehlende Verhandlungsöffentlichkeit, fehlende Mündlichkeit, fehlende Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme [nur Deutschland], fehlende Unbefangenheit der entscheidenden Behörde [nur Schweiz], fehlende Anklage [nur Schweiz], erhöhte Fehleranfälligkeit) und nicht behoben werden können, ohne dass das Strafbefehlsverfahren in Frage gestellt wird. Für diese Defizite ist im folgenden (3.) Teil der Arbeit nach einem Ausgleich zu suchen.
 2. Des Weiteren sind Defizite denkbar, die zwar ebenfalls schon immer Teil des Strafbefehlsverfahrens waren, für dieses jedoch nicht zwingend notwendig sind (Bindung des Richters an den Strafbefehlsantrag, fehlende Urteilsöffentlichkeit [beides nur Deutschland], fehlende generelle Pflicht zur Anhörung des Beschuldigten). Diese Defizite sind, sofern dafür kein Ausgleich gefunden werden kann, zu beheben.
 3. Hinzu kommen Defizite, welche erst im Laufe der Zeit in Abänderung der Strafbefehlsregelungen, meist aufgrund von Effizienzüberlegungen, entstanden sind (Abschaffung der Pflicht zur Begründung des Strafbefehls, Abschaffung der Pflicht zur Untersuchungseröffnung auch bei erwartetem Strafbefehl [nur Schweiz], Einführung erweiterter Wiederaufnahmegründe [nur Deutschland]). Diese Änderungen sind rückgängig zu machen.
 4. Schliesslich bestehen Defizite, die daraus entstanden sind, dass mit Änderungen von (Strafbefehls-)Bestimmungen weitergehende Vorschriften hätten eingeführt werden müssen, was jedoch unterlassen wurde (Belehrung über die Natur der bedingten Strafe, Belehrung über die Natur der gemeinnützigen Arbeit, mangelhafte Berücksichtigung der Verletztenrechte). Dies ist nachzuholen.
- 338 Bisher wurden nur diejenigen Aspekte des Strafbefehlsverfahrens untersucht, welche negative Abweichungen vom Normalverfahren aufweisen. Somit ist an dieser Stelle, bildlich gesprochen, der Tiefpunkt des Strafbefehlsverfahrens erreicht. Den sichtbar gewordenen, behebbaren Defiziten des Strafbefehlsverfahrens ist notwendigerweise mit Gesetzes- und Praxisänderungen beizukommen. Die strukturellen Defizite können indes nicht behoben werden. Würde das Strafbefehlsverfahren keine Sicherungen vorsehen bzw. nicht besondere Vorteile mit sich bringen, wäre es rechtsstaatlich untragbar. Nun sieht das Konzept des Strafbefehlsverfahrens aber mehrere solcher Aufwertungen vor. Diese werden im folgenden Teil der Arbeit dargelegt und auf ihre Tauglichkeit überprüft.

3. Teil: Systemimmanenter Ausgleich der Defizite

Bei der Überprüfung der gesetzlichen Bestimmungen des Strafbefehlsverfahrens beider Länder wurden zahlreiche Abweichungen vom Normalverfahren festgestellt, welche offensichtlich mit den Minimalgarantien eines Strafverfahrens nicht vereinbar sind. Bei einer Defizitskategorie handelt es sich um strukturelle und nicht behebbare Garantiedefizite. Bereits ein Blick auf die gesetzlichen Regelungen zeigt jedoch, dass das Strafbefehlsverfahren nicht nur Garantien beschneidet, sondern auch Vorteile bietet und besondere Sicherungen vorsieht. So gelten die Diskretion für den Beschuldigten und die prozessökonomische Verfahrenserledigung als Vorteile des Strafbefehlsverfahrens.⁸⁶⁰ Der Rechtsbehelf der Einsprache und die Beschränkung des Anwendungsbereichs werden wiederum als charakteristische Sicherungen der Strafbefehlsverfahren angesehen.⁸⁶¹ Zu prüfen ist deshalb in diesem Teil der Arbeit, ob die genannten Vorteile und die eingebauten strukturellen Sicherungen die nicht behebbaren Garantiedefizite auszugleichen vermögen. 339

1. Vorteile

1.1 Besondere Verfahrensziele

Wie bereits einleitend erkannt, kommt den Zielen und Prinzipien des reformierten Strafprozesses im Strafbefehlsverfahren volle Geltung zu.⁸⁶² Bereits die Gegenläufigkeit der Verfahrensziele und der daraus abgeleiteten Prinzipien lässt aber erkennen, dass diese (bis auf wenige Ausnahmen)⁸⁶³ kaum je absolut sein können. Die einzelnen Ziele und Prinzipien werden in erster Linie dadurch relativiert, dass sie gegeneinander abgewogen werden.⁸⁶⁴ Dies gilt im Normalverfahren, ebenso wie im Strafbefehlsverfahren. Zu prüfen ist vorliegend, wie diese Abwägung im Normalverfahren vorgenommen wird und ob das Strafbefehlsver- 340

⁸⁶⁰ So bspw. auch RIKLIN, FS-Bolle, S. 116.

⁸⁶¹ FEZER, ZStW 1994, S. 7; KUHN, S. 165, spricht dabei mit umgekehrten Vorzeichen von restriktiven Voraussetzungen, welche für das Strafbefehlsverfahren wegen dessen Abweichungen gelten müssen, «[...], les conditions imposées à son utilisation sont logiquement assez restrictive.»

⁸⁶² Siehe vorne N 49 ff.

⁸⁶³ Zu den Ausnahmen zählt das Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden (§ 136a dStPO; § 154 zhStPO; Art. 140 chStPO); ROXIN/SCHÜNEMANN, § 25 N 15 ff., allerdings wird eine Einschränkung dieses Prinzips zugunsten der Wahrheitsfindung in regelmässigen Abständen wieder diskutiert, grundlegend hierzu HASSEMER, Unverfügbares, S. 87 ff.

⁸⁶⁴ Statt vieler ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1 N 3.

fahren besondere Verfahrensziele fördert, welchen ein so grosses Gewicht zukommt, dass die anderen, zuvor als eingeschränkt wahrgenommenen Verfahrensziele damit abgewogen werden könnten.

1.1.1 Abwägung im Normalverfahren

- 341 Die Wahrheitsfindung gilt gemeinhin als Zentrum des schweizerischen und deutschen Strafprozesses.⁸⁶⁵ Ein Urteil, ob Schuld- oder Freispruch, soll in erster Linie gerecht und richtig sein, was nach diesem allgemeinen Verständnis der materiellen Wahrheit bedeutet, dass das vorgeworfene Verhalten der historischen Wahrheit möglichst nahe kommen soll. Es ist allerdings nach der Formel des deutschen BGH weder erforderlich noch zulässig, dass «die Wahrheit um jeden Preis»⁸⁶⁶ erforscht wird. Die Abwägung der Wahrheitsfindung mit den Verfahrensrechten des Beschuldigten, den finanziellen Mitteln des Staates und der Wiederherstellung des Rechtsfriedens in angemessener Frist ist nach heutigem Verständnis unumgänglich.⁸⁶⁷
- 342 Die Gewährung eines justizförmigen Verfahrens schützt – neben der Wahrheitsfindung selbst – den Beschuldigten in seinen Freiheitsrechten und damit vor einem unverhältnismässigen Eingriff zum Zwecke der Wahrheitsfindung. Besonders das Machtgefälle zwischen Staat und Individuum macht eine strikte Einhaltung der Garantieansprüche des Einzelnen für den Rechtsstaat unerlässlich. Freilich wird auch dieses Ziel umgekehrt durch die Wahrheitsfindung relativiert. Dabei spielt die Verhältnismässigkeit eine besondere Rolle, wird doch gerade bei schweren Delikten der Wahrheitsfindung, gegenüber den individuellen Rechten des Beschuldigten, oft der Vorrang gewährt.
- 343 Die Wiederherstellung des Rechtsfriedens kann für die Wahrheitsfindung ebenfalls eine einschränkende Wirkung haben. Wird ein Strafverfahren eröffnet, muss dieses auf die eine oder andere Art zum Abschluss gebracht werden. Dies ist im Sinne aller Beteiligten, kann doch weder dem Beschuldigten, noch dem Geschädigten, noch der Allgemeinheit zugemutet werden, in einem unsicheren Rechtszustand zu verharren. Auch das Interesse des Staates an der Erledigung eines Verfahrens ist offensichtlich. Der Rechtsfrieden kann aber umgekehrt auch durch das Wahrheitsfindungsinteresse eingeschränkt werden, wenn dieses so gross ist, dass sich beispielsweise die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abge-

⁸⁶⁵ RÖNNAU, S. 67; WESSLAU, S. 19; KRAUSS, Wahrheit, S. 66; BGH NJW 1956, 1647 «oberstes Ziel».

⁸⁶⁶ BGHSt 14, 258, 365; 31, 304, 309.

⁸⁶⁷ Ganz im Gegensatz zur einst unbegrenzten Wahrheitserforschung in Zeiten der Inquisition und der späteren Wahrheitspflicht des Beschuldigten unter Sanktionsandrohung (sog. Lügenstrafen), dazu PFENNINGER, Probleme, S. 105 ff.; RÖNNAU, S. 142; zum Ganzen WEIGEND, Grundprinzipien, S. 263.

schlossenen Verfahrens aufdrängt.⁸⁶⁸ Der Rechtsfrieden verlangt aber bereits aus sich heraus einen gewissen Grad an Wahrheit und Verfahrensgerechtigkeit. Deshalb wird dieser bisweilen auch als Ergebnis einer Nivellierung von Wahrheit und Justizförmigkeit gesehen.⁸⁶⁹

Können die Ziele, die in einem dauernden Spannungs- und Abwägungsverhältnis stehen, nicht in einem Urteil vereint werden, müssen sie nach rechtlichen Massstäben gegeneinander abgewogen werden, wobei einem Ziel sodann der Vorrang gewährt wird.⁸⁷⁰ Soweit stellt dies das geistige Gerüst des reformierten Strafprozesses dar. 344

Ferner müssen die bereits erwähnten sozialstaatlichen Grundsätze in die Abwägungen miteinbezogen werden. Dasselbe gilt für den Grundsatz der Prozessökonomie und das allgemeine Verhältnismässigkeitsprinzip, welche beide verhindern, dass dem einen oder anderen Ziel zu viel Gewicht beigemessen wird. Ersterer soll dabei die knappen Mittel des Staates bei der Tataufklärung und der Gewährung von Garantien im Auge behalten. Letzteres soll die Bedeutung der Tat einerseits mit der Intensität der Zielverfolgung andererseits in Einklang bringen. Gleichzeitig soll es aber auch folgenden Grundsatz sicherstellen: Je einschneidender die drohende Sanktion für den Beschuldigten, desto ausgebildeter müssen dessen Verteidigungsmöglichkeiten sein – und desto höher die Ansprüche an die Tatsachenfeststellung. 345

Diese Abwägungsmechanismen folgen keinem allgemeingültigen Prinzip. Sie sind vielmehr dem Wandel der Anschauungen (dem «Zeitgeist»⁸⁷¹) unterworfen. Je nach dem, auf welches Ziel der Schwerpunkt gelegt, und was als verhältnismässig und prozessökonomisch angesehen wird, kann daraus der momentane Charakter eines Staates abgelesen werden.⁸⁷² 346

1.1.2 Abwägung im Strafbefehlsverfahren

Schon auf den ersten Blick zeigt sich, dass das Strafbefehlsverfahren gewissen Zielen Prioritäten einräumt. Gerade der prozessökonomische Gedanke und das allgemeine Verhältnismässigkeitsprinzip kommen, wie einleitend bereits ausführlich erläutert,⁸⁷³ besonders zum Tragen. Es kann dabei indes nicht genügend betont werden, dass Prozessökonomie und Verhältnismässigkeit nicht zu eigenständigen Verfahrenszielen erhoben werden dürfen, sondern immer nur Mecha- 347

⁸⁶⁸ So bspw. SCHMID, Strafprozessrecht, N 1134.

⁸⁶⁹ In diesem Sinne auch die Definitionen bei RIESS, FS-Schäfer, S. 171.

⁸⁷⁰ JANKE, S. 95, 217; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1 N 3.

⁸⁷¹ OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 46.

⁸⁷² ROXIN/SCHÜNEMANN, § 2 N 1 ff., zum Strafverfahrensrecht als «Seismograph der Staatsverfassung» (im Titel).

⁸⁷³ Siehe vorne N 52 ff.

nismen für deren Abwägung darstellen können.⁸⁷⁴ Zudem ist in Erinnerung zu rufen, dass das Strafbefehlsverfahren seinem Ruf als effizientes Verfahren nicht uneingeschränkt gerecht zu werden scheint.⁸⁷⁵ Des Weiteren könnte argumentiert werden, dass das Strafbefehlsverfahren die Wiederherstellung des Rechtsfriedens fördere. Allerdings ist dies schon mit Blick auf die beschnittenen Garantien, die Fehleranfälligkeit und den mangelhaften Einbezug Dritter höchst zweifelhaft.

- 348 Häufig genanntes Beispiel für eine Abwägung im Strafbefehlsverfahren ist der Grundsatz der Öffentlichkeit. So sieht etwa *Bommer* darin ein typisches Anwendungsbeispiel für die Relativität der Prozessgrundsätze, wenn er davon ausgeht, dass der Gesetzgeber «bestimmte bagatellhafte Delikte in den Anwendungsbereich des Strafbefehls- oder Ordnungsbussenverfahrens verwiesen hat» und damit sichtbar werde, dass das Öffentlichkeitsprinzip bei der Bewältigung derartiger «Streichholzaffären» nicht die gleiche Bedeutung beanspruchen könne, wie etwa in Fällen schwerer Kriminalität. Dies weil andere Gesichtspunkte im Vordergrund stünden, «vor allem die Raschheit und Ökonomie der Verfahrenserledigung sowie die Überlegung, dass der Verfahrensaufwand zur Bewältigung einer Rechtsverletzung nicht ausser Verhältnis zu deren Schwere stehen soll».⁸⁷⁶
- 349 Im Zusammenhang mit solchen Überlegungen besteht die Gefahr, dass mit der fehlenden Schwere der zu beurteilenden Tat jedes Verfahrensprinzip beliebig eingeschränkt werden könnte.⁸⁷⁷ Bei der nachfolgenden Untersuchung des Anwendungsbereiches muss deshalb zunächst geprüft werden, ob es sich bei den im Strafbefehlsverfahren behandelten Fällen tatsächlich pauschal um minderschwere Delikte handelt. Weiter muss ermittelt werden, inwieweit es bei tatsächlich minderschweren Fällen gerechtfertigt ist, mit dem Instrument der Verhältnismässigkeit Verfahrensrechte auszuhebeln.

1.1.3 Ausgleich der Garantiedefizite durch Abwägung

- 350 An dieser Stelle kann bereits vorwegnehmend festgehalten werden, dass die Defizite, selbst im Falle einer tatsächlichen Beschränkung des Strafbefehlsverfah-

⁸⁷⁴ DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 82; MÜLLER, S. 138; RÖNNAU, S. 212; SINNER, S. 79: «typisches Abwägungskriterium einer neuen Prozesstheorie».

⁸⁷⁵ Dazu KLEIN/TOLKMITT, S. 24, welche das Ergebnis ihrer Studie in erster Linie deshalb als gravierend bezeichnen, weil die angenommene Effizienz von Strafbefehlen immer wieder als Rechtfertigung für eine Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten gilt.

⁸⁷⁶ BOMMER, FS-Trechsel, S. 689.

⁸⁷⁷ RÖNNAU, S. 115 ff., 126 ff., im Hinblick auf das Legalitätsprinzip bei Absprachen.

rens auf die minderschwere Kriminalität, nicht alleine durch Abwägung gerechtfertigt werden können.⁸⁷⁸

Eine ausreichende Gewährung des rechtlichen Gehörs beispielsweise fördert sowohl die Justizförmigkeit des Verfahrens, als auch die Wahrheitsfindung⁸⁷⁹ und nicht zuletzt das Vertrauen in die Justiz. Im Übrigen ist höchst fraglich, ob die fehlende Gewährung des rechtlichen Gehörs mittelfristig verfahrensbeschleunigende Wirkung haben kann. Fehlendes rechtliches Gehör kann somit nicht durch andere Vorteile des Strafbefehlsverfahrens gerechtfertigt werden. Dasselbe gilt auch für die Befangenheit des schweizerischen Staatsanwaltes als entscheidende Behörde und für den umgangenen Anklagegrundsatz in der Schweiz. Andererseits kann aber beim Defizit der Verhandlungsöffentlichkeit argumentiert werden, dass bei einem geringen Eingriff in die Freiheit des Beschuldigten die Kontrollfunktion der Allgemeinheit auch durch weniger aufwendige Massnahmen gewahrt werden kann. So wurde denn auch die Urteilsöffentlichkeit vorliegend als genügende Kontrolle angesehen, zumindest dann, wenn der Beschuldigte nicht auf eine öffentliche Verhandlung besteht. 351

1.2 Objektiviertes Beschuldigteninteresse

«Die Aufrechterhaltung des summarischen Strafverfahrens liegt nicht nur im Interesse der staatlichen Strafgerichtsbarkeit, sondern auch im Interesse des Staatsbürgers, dem daran gelegen ist, einfachere Straffälle verhältnismässig billig und auch diskret, ohne Zeitverlust und Aufsehen erledigen zu können.»⁸⁸⁰ Diese Ansicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts erscheint als prinzipiell richtig.⁸⁸¹ Allerdings bedarf dieses (objektivierte) Beschuldigteninteresse im Zusammenhang mit einer allfälligen Ausgleichswirkung im Folgenden einer grundlegenden Differenzierung. 352

Das Strafbefehlsverfahren kommt in erster Linie demjenigen Beschuldigten zugute, der sich der vorgeworfenen Tat tatsächlich *schuldig* gemacht hat und den die erdrückende Faktenlage einen Freispruch nicht mehr erwarten lässt. Anstatt eine zeit- und kostenintensive Hauptverhandlung auf sich zu nehmen und sich 353

⁸⁷⁸ Kritisch hinsichtlich des Gleichheitsgebots, aber offen gelassen WESSLAU, S. 68 f.

⁸⁷⁹ Beispiele von Fehlurteilen nach Strafbefehlserlassen, vor welchen die Beschuldigten kein einziges Mal angehört wurden, PETERS, Fehlerquellen, II, S. 297 (mit Verweis auf die Fallbeispiele in Bd. I); zum Verzicht auf Anhörung des Beschuldigten als «Fehlurteile begünstigender Faktor» GILLIÉRON, S. 114 ff. sowie S. 144 und S. 183 f. mit Lösungsansätzen.

⁸⁸⁰ BVerfGE 25, 158, 165; dazu insbesondere HEINZ, S. 273.

⁸⁸¹ Zustimmend auch ALTORFER, S. 26; LÄMMLI, S. 45; zu den diesbezüglichen Vorteilen siehe auch GILLIÉRON, S. 52 f.

der Öffentlichkeit preiszugeben, wird ihm die Sanktion durch den diskreteren Strafbefehl auferlegt.⁸⁸²

- 354 Diese Diskretion bringt aber eine Kehrseite mit sich. Der Beschuldigte wird in einem «geheimen Verfahren rechtskräftig verurteilt»⁸⁸³. Der *Unschuldige* bzw. der nicht im Sinne des Vorwurfs Schuldige, der sich mit einer ungünstigen Faktenlage konfrontiert sieht oder es sich aus finanziellen oder reputativen Gründen nicht leisten kann, eine kostspielige, öffentliche und insbesondere in Deutschland langwierige Hauptverhandlung über sich ergehen zu lassen, wird indirekt genötigt, auch einen materiell falschen Strafbefehl anzunehmen. Auch das freiwillige oder erzwungene Decken eines Dritten oder die Angst vor einer noch höheren Strafe im gerichtlichen Verfahren, in welchem kein Verschlechterungsverbot gilt,⁸⁸⁴ können Motive für die Akzeptanz eines solchen Fehlurteils sein. In der Regel wird dann vom Beschuldigten die Höhe der Strafe mit dem Übel eines Verfahrens abgewogen.⁸⁸⁵ Da die häufig bedingt ausgesprochenen Strafen zunächst nicht spürbar sind, überwiegen in der Regel die Gründe gegen eine Einsprache.⁸⁸⁶
- 355 Übersehen wird seitens der Falschverurteilten oft, dass sich die Folgen des Strafbefehls nicht in der Sanktion selbst erschöpfen. In der **Schweiz** sind Urteile wegen Verbrechen und Vergehen (sowie bestimmter Übertretungen) gemäss Art. 366 Abs. 2 lit. a und b chStGB in das Strafregister aufzunehmen, sofern eine Strafe oder Massnahme ausgesprochen worden ist.⁸⁸⁷ Dies zieht einerseits die weitreichenden Folgen eines getrüben Leumunds mit sich, zumal der Strafregisterauszug für bestimmte Behörden einsehbar ist.⁸⁸⁸ Andererseits gelten diese Strafbefehle in einem späteren Strafverfahren unter Umständen als Vorstrafen, welche einen Einfluss auf das Strafmass und den Vollzug einer späteren Strafe haben können. Gemäss § 4 des **deutschen** Bundeszentralregistergesetzes (BZRG) werden unter anderem diejenigen rechtskräftigen Entscheidungen in

⁸⁸² Im Zusammenhang mit dem Beweisverfahren DENCKER, StV 1994, S. 503, ein solch «(unverdächtiger) Konsens» könne zur Straffung von Verfahren dienen.

⁸⁸³ RIKLIN, plädoyer 4/08, S. 13.

⁸⁸⁴ Siehe hinten N 431 und N 436.

⁸⁸⁵ Vgl. das von BINDING, S. 214 gezeichnete Bild der «Besteuerung dessen, der verdächtigt worden ist und sich ungern in einen ordentlichen Strafprozess verwickelt sieht».

⁸⁸⁶ Zu den möglichen Rechtsfolgen im Strafbefehlsverfahren eingehend hinten N 370 ff.

⁸⁸⁷ STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 366 N 2; vgl. Art. 3 Abs. 1 VOSTRA-Verordnung.

⁸⁸⁸ Art. 367 Abs. 2 und Abs. 3 chStGB; eine Aushändigung ist gemäss Art. 370 Abs. 2 zum Schutze des Einzelnen vor sozialem Zwang zwar verboten (vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 370 N 2), Art. 371 chStGB sieht aber in beschränktem Masse auch Strafregisterauszüge für Privatpersonen vor, welche z.T. von Arbeitgebern verlangt werden können (vgl. Art. 25 der VOSTRA-Verordnung zum Auszug für Privatpersonen).

das Zentralregister eingetragen, bei welchen auf Strafe erkannt wurde. In den auf Grund dieses Registers ausgestellten Führungszeugnissen (§§ 30 ff. BZRG) werden nur Strafen bis zu 90 Tagessätzen Geldstrafe oder drei Monaten Freiheitsstrafe nicht aufgeführt (§ 32 Abs. 2 Nr. 5 BZRG). Dies gilt überdies nur bei Ersttättern. Die Frist, nach deren Ablauf eine Verurteilung nicht mehr in das Führungszeugnis aufgenommen wird, beträgt gemäss § 34 BZRG mindestens drei Jahre. Getilgt werden die Einträge in das Register je nach Strafart und -höhe erst nach fünf bis zwanzig Jahren (§ 46 BZRG). Wer also in Deutschland durch Strafbefehl verurteilt wird, gilt für mindestens drei Jahre als vorbestraft und muss sich die Strafen vorhalten lassen, es sei denn, es handle sich um einen Ersttäter, der zu einer Geldstrafe von bis zu 90 Tagessätzen oder einer Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten verurteilt worden ist.

Ebenfalls verkannt werden die administrativen Massnahmen, die auf einen Strafbefehl folgen können. So wird beispielsweise eine rechtskräftige Verurteilung wegen einer Verkehrsregelverletzung sowohl in der **Schweiz** als auch in **Deutschland** zu einer unanfechtbaren Grundlage für einen späteren, durch die Administrativbehörde ausgesprochenen Führerausweisentzug.⁸⁸⁹ 356

Neben all diesen Gründen kann das Beschuldigteninteresse auch deshalb nicht als Ausgleich von Defiziten gelten, weil damit auch diejenigen Beschuldigten einbezogen würden, welche durch die Annahme des falschen Strafbefehls einer strengeren Bestrafung entgehen. Im Falle einer Einsprache würden diese durch eine (erweiterte) Untersuchung gegebenenfalls mit zusätzlichen und möglicherweise weit schwereren Vorwürfen konfrontiert werden. Dies mag tatsächlich im Interesse dieser Beschuldigten liegen, ist aber als Interesse selbst nicht mehr legitim. 357

Es kann somit festgehalten werden, dass im Falle einer materiell richtigen Entscheidung gewisse Defizite des Strafbefehlsverfahrens tatsächlich durch das Interesse des Beschuldigten ausgeglichen werden können. Dies kann aber naturgemäss höchstens für die defizitäre Gewährung von Beschuldigtenrechten gelten, da andere Prinzipien, wie beispielsweise der Öffentlichkeitsgrundsatz oder die Verletztenrechte nicht (nur) im Interesse des Beschuldigten liegen und deshalb nicht durch ein anderweitiges Beschuldigteninteresse ausgeglichen werden können. Auf diesen Zusammenhang ist bei der Untersuchung der Verzichtproblematik abermals zurückzukommen.⁸⁹⁰ 358

⁸⁸⁹ SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 532; vgl. für das deutsche Recht § 2 Abs. 4 dStVG.

⁸⁹⁰ Siehe hinten N 444 ff.

2. Strukturelle Sicherungen

2.1 Abstrakte Beschränkung des Anwendungsbereichs

- 359 Es besteht kein Zweifel daran, dass das Strafbefehlsverfahren nur auf Fälle mit geringer Tatschwere anwendbar sein kann.⁸⁹¹ Einerseits soll der Beschuldigte nur bei Eingriffen bis zu einer bestimmten Schwere selbstverantwortlich auf gewisse Rechte verzichten können. Andererseits wird bei einer schweren Tat das Interesse der Allgemeinheit und des Verletzten als so gewichtig angesehen, dass deren Recht auf ein öffentliches Verfahren vor Gericht schwerer wiegt, als das Interesse des Staates und des Beschuldigten an einem raschen, billigen und geheimen Verfahren. Aus diesem Grund waren und sind die jeweiligen Gesetzgeber bestrebt, die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens abstrakt auf Fälle mit einer geringen Tatschwere zu beschränken.

2.1.1 Denkbare Abgrenzungskriterien

- 360 Der Anwendungsbereich kann gesetzestechnisch unterschiedlich abgegrenzt werden. Im Wesentlichen werden dafür vier verschiedene Abgrenzungskriterien, teilweise kumulativ, herangezogen.⁸⁹² Erstes Kriterium ist die sachliche *Zuständigkeit*. Danach werden nur diejenigen Fälle im Strafbefehlsverfahren erledigt, deren Beurteilung in die Kompetenz einer bestimmten Gerichtsbarkeit fallen. Nach dem zweiten Kriterium kann der Anwendungsbereich positiv oder negativ auf bestimmte Delikte (*Deliktskatalog*) und nach dem dritten auf eine bestimmte *Deliktsart* (zum Beispiel Übertretungen) beschränkt werden. Als viertes Kriterium für die Zulässigkeit kommen kumulativ, alternativ oder allein die Art und Schwere der zu erwartenden *Rechtsfolge* in Betracht.⁸⁹³ Die Begrenzung ergibt sich in diesem Fall daraus, dass nur bestimmte Sanktionsarten und/oder Sanktionshöhen durch Strafbefehl verhängt werden dürfen, zum Beispiel nur Bussen im Allgemeinen, Geldstrafen bis zu einem bestimmten Tagessatz oder Freiheitsstrafen bis zu einer bestimmten Höhe. Das Kriterium der zu erwartenden Rechts-

⁸⁹¹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 909: «Straftaten von geringer Bedeutung»; MÜLLER, S. 47 «unterer Bereich strafbedürftigen abweichenden Verhaltens»; LÓPEZ, S. 20, sieht den Anwendungsbereich auf leichte Fälle beschränkt, da in § 7 bIStPO die Anwendung auf drei Monate Freiheitsstrafe beschränkt ist (m.H. auf die bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Abgrenzung des leichten Falles in Fn. 127); WESSLAU, S. 261, setzt den Schwerpunkt nicht auf die Schwere des Eingriffs, sondern auf die Fairness des Verfahren als Ganzes.

⁸⁹² DUBS, S. 141 ff., teilt lediglich in zwei Kriterien auf, namentlich in Deliktskategorie und Art und Schwere der Sanktion, was ihn aber zum selben Ergebnis kommen lässt.

⁸⁹³ DUBS, S. 142 f., zu den unterschiedlichen Kombinationen in den kantonalen Bestimmungen.

folge hat sich als die dominierende Methode durchgesetzt, da sie den grösstmöglichen Anwendungsbereich ermöglicht.⁸⁹⁴

Im Grundsatz kann eine solche abstrakte Beschränkung des Anwendungsbereichs als strukturelle Sicherung innerhalb des Strafbefehlsverfahrens gelten. Jedoch ist zu prüfen, inwieweit diese Sicherung als tauglich angesehen werden darf. 361

2.1.2 Absolute Grenze des Anwendungsbereichs

Zentrale Frage bei der Beschränkung des Anwendungsbereichs ist jene nach der absoluten Grenze. In den Anfängen wurde das Strafbefehlsverfahren mit Berufung auf den Bagatelldarstellung des Anwendungsbereichs legitimiert. Auch heute entspricht es der allgemeinen Ansicht, dass das Strafbefehlsverfahren nur so lange keine Rechtsstaatsverletzungen verursacht, als es sich in einem eng begrenzten Anwendungsbereich bewegt, wobei bisweilen noch immer auf den Begriff des «Bagatelldarstellung»⁸⁹⁵ zurückgegriffen wird. Dies gilt sowohl für die Defizite des Verfahrens an sich, als auch für die Gültigkeit des Verzichtes auf Verfahrensprinzipien durch den Beschuldigten. Jedoch ist dieser Bagatelldarstellungsbegriff vage und gesetzlich nicht definiert. 362

Einen Hinweis gibt indes die schweizerische Strafprozessordnung in Art. 132 Abs. 3 chStPO im Zusammenhang mit der Regelung der amtlichen Verteidigung⁸⁹⁶ gleich selbst: «Ein Bagatelldarstellung liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist.»⁸⁹⁷ Schon mit dieser Bestimmung steht fest, dass das schweizerische Strafbefehlsverfahren mit einer zulässigen Rechtsfolge von sechs Monaten Freiheitsstrafe nicht mehr nur auf den Bagatelldarstellungsbereich ausgerichtet ist.⁸⁹⁸ Da diese Bagatelldarstellungdefinition eine Grösse der Praxis darstellt und mit dem Verweis auf die Rechtsfolge nur die Perspektive des Beschuldigten widerspiegelt, bietet es sich an, zunächst zu prüfen, ob eine strafrechtlich-dogmatische Definition dieses Be- 363

⁸⁹⁴ So auch DUBS, S. 142.

⁸⁹⁵ Botschaft E StPO, S. 1288; KMR-METZGER, § 407 N 22 f.

⁸⁹⁶ Art. 132 Abs. 2 chStGB: «Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung namentlich geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatelldarstellung handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre.»

⁸⁹⁷ Siehe dazu der Hinweis in der Botschaft E StPO, S. 1179 f., zur Orientierung an der bisherigen Praxis, welche die kritische Grenze bei den Freiheitsstrafen von drei- bis fünfmonatiger Dauer ansiedelt.

⁸⁹⁸ Dazu auch DONATSCH, ZStrR 1994, S. 334 f.; TRECHSEL, EMRK, S. 183, hält erst die Anordnung zweijähriger Freiheitsstrafen durch Strafbefehl als mit der EMRK nicht mehr vereinbar.

reichs existiert und ob diese zur Klärung der Frage nach der absoluten Grenze des Anwendungsbereichs herangezogen werden kann.

- 364 Eingehend mit dem Bagatellprinzip auseinandergesetzt hat sich *Kunz*.⁸⁹⁹ Bereits in einer vorläufigen Begriffsbestimmung⁹⁰⁰ kommt er zum Schluss, dass Bagatelldelikte vom Strafgesetz erfasste Verhaltensweisen darstellen, «die wegen ihres geringen deliktischen Gehalts typischerweise keine kriminalrechtliche Sanktion oder jedenfalls keine Bestrafung verdienen und deshalb einen gegenüber strafbedürftigen Delikten verminderten Aufklärungsaufwand rechtfertigen». Das «Bagatelldelikt» ist nach *Kunz* «ein in der Strafrechtsdogmatik noch nicht fest verankerter Begriff, der die Begrenzung des Strafrechts durch negative Auslese strafunwürdiger Vorgänge nach Geringfügigkeitsgesichtspunkten ermöglichen soll»⁹⁰¹. Dass diese Grenze an sich bereits schwer zu bestimmen ist und die Zuordnung von Tatbeständen in den Bereich des Kriminal- oder Ordnungswidrigkeitenrechts einer Art juristischem Dezisionismus – gestützt auf den (demokratischen) Zeitgeist – unterliegt, soll und muss hier nicht weiter vertieft werden.⁹⁰² Diese Schwelle der Strafbedürftigkeit als Kriterium für den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahren heranzuziehen, bietet sich nämlich schon deshalb nicht an, weil das Strafbefehlsverfahren ohne Zweifel für Fälle konzipiert wurde, die noch immer (wenn auch nicht stark) sanktionsbedürftig sind. Der Begriff des Bagatelldelikts kann den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens also nicht umgrenzen. Dies manifestiert sich auch darin, dass Lösungen für Bagatelldelikte im Schrifttum in einem Bereich zwischen Bestrafung und folgenloser Hinnahme der Rechtsbrüche gesucht werden.⁹⁰³ Dabei tauchen Vorschläge auf, welche sich mit Einstellungsverfahren, neuen Bagatellisierungsverfahren und der Schaffung neuer Deliktskategorien auseinandersetzen.⁹⁰⁴ Zudem trifft die Diskussion um die Bagatelle dort auf das Strafbefehlsverfahren, wo argumentiert wird, dass die Masse an Bagatelldelikten für die Überbeanspruchung der Strafverfolgungsorgane verantwortlich ist und deshalb ausgeschieden werden soll. Letztendlich führt gerade diese Überlastung dazu, dass immer mehr Fälle der mittleren Kriminalität aus Effizienzgründen im Strafbefehlsverfahren erledigt werden müssen. Ohne den Themenkomplex des Bagatelldelikts weiter zu vertiefen, kann festgehalten werden, dass sich aus dem Ba-

⁸⁹⁹ Zum Bagatellprinzip KUNZ, als Ganzes; zur Bagatellthematik siehe auch DENCKER, JZ 1973, S. 144 ff.; DREHER, FS-Welzel, S. 917 ff.; NAUCKE, als Ganzes.

⁹⁰⁰ KUNZ, S. 14.

⁹⁰¹ KUNZ, S. 30.

⁹⁰² Zur Schwierigkeit der Zuordnung, ACHENBACH, GA 2008, S. 1 ff.; zum Verfahren bei Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zum Strafbefehlsverfahren vorne N 114 ff.

⁹⁰³ KUNZ, S. 17.

⁹⁰⁴ NAUCKE, S. 112; KUNZ, S. 21; DREHER, S. 921, spricht sich jedenfalls dafür aus, dass die Möglichkeit der Ahndung bestehen bleiben muss; zur Umwandlung in Ordnungswidrigkeiten DENCKER, JZ 1973, S. 150 f.

gatellprinzip keine absolute Grenze für die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens ableiten lässt. Der undifferenzierte Gebrauch des Begriffs «Bagatelle» ist in Verbindung mit dem Strafbefehlsverfahren demzufolge verfehlt. Die Bezeichnung «minderschwere Kriminalität»⁹⁰⁵ erscheint in diesem Zusammenhang passender.

In den geltenden Regelungen geht der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens weit über den Bagatellbereich, sowohl im praktischen als auch im dogmatischen Sinne, hinaus.⁹⁰⁶ Er endet im Bereich der mittleren Kriminalität bzw. dort, wo der Bereich der Schwermriminalität beginnt – in der Schweiz bereits innerhalb der Verbrechenkategorie. Eine fest bestimmbare Grenze ist in diesem Deliktsbereich jedoch nicht mehr ohne weiteres erkennbar. Die Frage nach der Grenze, innerhalb welcher die Defizite des Strafbefehlsverfahrens durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs ausgeglichen werden können, bleibt damit offen. Jedoch ist zu betonen, dass eine ausgefeilte Grenze des Anwendungsbereichs allein ohnehin noch keine Garantie für eine rechtsstaatliche Lösung bieten kann. Vielmehr ist, neben hohen Anforderungen an das Verfahren selbst,⁹⁰⁷ in erster Linie die Klarheit der jeweils gewählten Grenze bedeutend. Im Folgenden werden daher die jeweilige Tauglichkeit der Abgrenzungskriterien, die Klarheit der heute gewählten Grenzen und die Tücken einer solchen Anwendungsbeschränkung untersucht.

2.1.3 Gesetzliche Regelungen

a) Gesetzliche Abgrenzungskriterien

Die **zürcherische** Strafprozessordnung kombiniert das Kriterium der *Zuständigkeit* mit jenem der *Rechtsfolge*. Die zu beurteilende Sache muss zunächst in die Kompetenz des Bezirksgerichts bzw. des Einzelrichters fallen.⁹⁰⁸ Dies ist zunächst bei Strafsachen der Fall, die nicht nach § 56 zhGVG in die Kompetenz des Geschworenengerichts bzw. nach § 44 zhGVG i.V.m. § 198a zhStPO in diejenige des Obergerichts in erster Instanz fallen. Eine Verurteilung mittels Strafbefehl ist demzufolge ausgeschlossen bei vorsätzlicher Tötung, Mord und Totschlag, schwerer Körperverletzung, qualifiziertem Raub sowie bei weiteren, gemäss diesem Katalog als schwer eingestuftem Tatbeständen.⁹⁰⁹ Dieses Abstellen

⁹⁰⁵ So bei MÜLLER, S. 320; SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 529.

⁹⁰⁶ So auch (bereits im Jahre 1972) empirisch PETERS, Fehlerquellen, II, S. 297.

⁹⁰⁷ WESSLAU, S. 261, hält dies für weit wichtiger als die Grenze des Anwendungsbereichs.

⁹⁰⁸ § 317 Abs. 1 zhStPO i.V.m. § 24 und § 32 zhGVG; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 11.

⁹⁰⁹ § 56 zhGVG; zu den genannten (Art. 111, 112, 113, 122, 140 Ziff. 3 und 4 chStGB) kommen qualifizierte Erpressung (Art. 156 Ziff. 2 und 4 chStGB), Freiheitsberau-

auf die Zuständigkeit führt gleichzeitig dazu, dass gerichtliche Verfahren nach Einsprache nur an das Bezirksgericht gelangen können. Gegen unten ist lediglich die Abgrenzung zur Zuständigkeit der Übertretungsstrafbehörden gemäss § 333 ff. zhStPO zu beachten.⁹¹⁰ Zusätzlich wird nach dem vierten Kriterium auf die im konkreten Fall zu erwartende Sanktion abgestellt, welche im Rahmen von § 317 Abs. 1 zhStPO liegen muss (dazu sogleich). Die abstrakte Strafandrohung und somit die Frage nach der materiellrechtlichen Qualifikation und damit auch der Deliktsart ist abgesehen von der genannten Zuständigkeit der Übertretungsstrafbehörde unerheblich.

- 367 Das **schweizerische** Recht beschränkt sich auf die Anwendung des vierten Kriteriums und damit auf die Art und Höhe der *Rechtsfolge*.⁹¹¹ Ein Abstellen auf die Zuständigkeit wäre ohnehin nicht angebracht, da nach gesamtschweizerischem Recht keine feste Unterteilung der Zuständigkeiten in Strafsachen mehr vorgesehen ist. Eine solche bleibt vielmehr den Kantonen im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Gerichtsorganisation überlassen.⁹¹² Eine solche Regelung wäre somit nur sehr rudimentär möglich. Die verbleibenden beiden Kriterien, die Einschränkung auf eine Deliktsart⁹¹³ oder einen Deliktskatalog, standen bei der Erarbeitung der schweizerischen Strafprozessordnung gar nicht erst zur Diskussion.⁹¹⁴ Nach Ablauf der Referendumsfrist wurde jedoch am 3. Juni 2009 im Nationalrat eine Motion eingereicht («Motion Bischof»),⁹¹⁵ welche eine Änderung des Strafbefehlsverfahrens in diesem Bereich anstrebt und einen negativen Deliktskatalog vorschlägt. Konkret wird der Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens in folgenden Fällen verlangt: «a. wenn dem Beschuldigten ein

bung und Entführung (Art. 184 chStGB), Geiselnahme (Art. 185 Ziff. 2 und 3 chStGB), Brandstiftung (Art. 221 Abs. 2 chStGB), Gefährdung durch Sprengstoffe oder giftige Gase (Art. 224 Abs. 1 chStGB).

⁹¹⁰ Siehe vorne N 112 ff.

⁹¹¹ Art. 352 Abs. 1 lit. a–d chStPO.

⁹¹² Gemäss Botschaft E StPO, S. 1138, setzen Bund und Kantone erstinstanzliche Gerichte ein, die für alle Strafsachen zuständig sind, für die nicht andere Instanzen vorgesehen sind und regeln u.a. deren sachliche Zuständigkeit. Sie können verschiedene Regional-, Bezirks- oder Amtsgerichte, und daneben für bestimmte Kriminalitätsformen für das Gebiet der ganzen Schweiz bzw. des ganzen Kantons ein einziges Gericht, beispielsweise ein Kriminal- oder Wirtschaftsstrafgericht, als erste Instanz einsetzen; so auch schon Begleitbericht VE StPO, S. 44.

⁹¹³ Auch Übertretungen werden nach den Regeln des Strafbefehlsverfahrens beurteilt, allerdings können die Kantone Verwaltungsbehörden vorsehen; siehe vorne N 115.

⁹¹⁴ So ist weder in der Botschaft E StPO, S. 1289 ff., noch im Begleitbericht VE StPO, S. 246 ff., in diesem Zusammenhang von weiteren Abgrenzungskriterien die Rede; auch aus dem Vernehmlassungsbericht, Hearings, S. 79 ff., ergeben sich keine Hinweise auf dahingehende Forderungen.

⁹¹⁵ Motion 09.3494; Änderung der Strafprozessordnung – Gewalttäter wieder vor den Richter.

vorsätzlich begangenes Gewaltdelikt, ein schweres Sexualdelikt (namentlich mit Kindern), eine schwere Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz (namentlich schwere Raserfälle) oder ein ähnlicher Angriff auf Leib und Leben zur Last gelegt wird».⁹¹⁶ Am 2. September 2009 äusserte sich der Bundesrat in einer ablehnenden Antwort dahingehend, dass das Strafbefehlsverfahren ohnehin nur in einfachen Fällen zur Anwendung komme, wenn der Sachverhalt zweifelsfrei feststehe. Gerade bei den von der Motion anvisierten Fällen werde die Voraussetzung eines eindeutig feststellbaren Sachverhaltes häufig nicht erfüllt sein. Auch sei in den von der Motion genannten Konstellationen häufig eine höhere Strafe zu erwarten. Die Folgen der Motion – vermehrte Gerichtsverfahren – wurden zudem als zu kostspielig und im Bereich des Strassenverkehrsrechts als nur schwer zu bewältigen beurteilt. Es bleibt abzuwarten, ob eine solche Änderung trotz ablehnender Haltung des Bundesrates und noch vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung angenommen wird.⁹¹⁷ Im Ergebnis bleibt nach dem heutigen Stand damit die Rechtsfolgebeschränkung als einzige Anwendungsbeschränkung des Strafbefehlsverfahrens, was dazu führt, dass jedes Delikt durch Strafbefehl abgeurteilt werden kann, wenn das Strafmass genügend tief ist.

Die **deutsche** Regelung stützt sich auf die Abgrenzungskriterien *Zuständigkeit*, *Deliktsart* und *Rechtsfolgen*.³⁶⁸ Zunächst ist das Strafbefehlsverfahren gemäss § 407 Abs. 1 S. 1 dStPO nur im sachlichen Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts, und damit des Strafrichters und des Schöffengerichts, zulässig. Strafbefehlsanträge an das Schöffengericht sind aber, da es für die Zuständigkeit des Strafrichters auf die Bedeutung der Sache nicht mehr ankommt, nur noch bei einem Strafbefehl in der Hauptverhandlung gemäss § 408a dStPO möglich.⁹¹⁸ Der Strafrichter ist gemäss § 24 Abs. 1 dGVG zunächst immer dann zuständig, wenn nicht die Zuständigkeit anderer Gerichte begründet ist.⁹¹⁹ So ist die Zuständigkeit des Strafrichters insbesondere bei Verbrechen ausgeschlossen, welche im Katalog des § 74 Abs. 2 dGVG dem Landesgericht vorbehalten sind. Da Verbrechen für die Erledigung im Strafbefehlsverfahren aber ohnehin nicht zugänglich sind, weil das deutsche Recht auch das Abgrenzungskriterium der *De-*

⁹¹⁶ Wortlaut der Motion und Antwort des Bundesrates (Link: http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093494, zuletzt besucht am 31. März 2010).

⁹¹⁷ Zum Zeitpunkt der Fertigstellung vorliegender Arbeit war die «Motion Bischof» noch nicht in beiden Räten beraten worden.

⁹¹⁸ § 25 dGVG; KK-FISCHER, § 407 N 1 m.w.H.; VIVELL, S. 60 (bzw. S. 162 zur Zuständigkeit im Strafbefehlsverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens); zum alten Recht noch MÜLLER, S. 48.

⁹¹⁹ § 24 Abs. 1 Nr. 1 dGVG erklärt die Amtsgerichte dann für zuständig, wenn nicht die Zuständigkeit des Landgerichts nach § 74 Abs. 2 oder § 74a oder des Oberlandesgerichts nach § 120 begründet ist.

liktsart vorsieht, erübrigt sich vorliegend eine detaillierte Aufzählung. Des Weiteren ist der Strafrichter dann nicht zuständig, wenn im Einzelfall eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe oder bestimmte Arten der Unterbringung zu erwarten sind.⁹²⁰ Auch dieser Bereich wird bereits durch die Beschränkung der *Rechtsfolgen* abgedeckt. Schliesslich sind auch Fälle, bei welchen «die Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit von Verletzten der Straftat, die als Zeugen in Betracht kommen, des besonderen Umfangs oder der besonderen Bedeutung des Falles Anklage beim Landgericht erhebt»⁹²¹, dem Landesgericht vorbehalten. Nur in dieser Hinsicht hat das Abgrenzungskriterium der Zuständigkeit eine eigenständige Bedeutung.⁹²² Als zweites Kriterium können, wie bereits erwähnt, nur Vergehen durch Strafbefehl erledigt werden.⁹²³ Verbrechen sind ausgeschlossen, Übertretungen sieht das geltende deutsche Recht nicht mehr vor.⁹²⁴ Ordnungswidrigkeiten werden in der Regel in einem gesonderten Verfahren beurteilt.⁹²⁵ Allerdings können gemäss § 64 i.V.m. § 42 OWiG (vergleichbar mit der schweizerischen Regelung für Übertretungen) auch Ordnungswidrigkeiten durch Strafbefehl beurteilt werden, wenn diese in einem persönlichen oder sachlichen Zusammenhang mit der zu beurteilenden Straftat stehen.⁹²⁶ Als drittes Kriterium muss sodann eine Rechtsfolge im Rahmen von § 407 Abs. 2 dStPO angemessen sein, damit ein Strafbefehl beantragt werden kann.

- 369 Die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens auf Fälle mit geringer Tatschwere wird in den drei untersuchten Strafverfahrenssystemen durch den Gebrauch unterschiedlicher, vor allem unterschiedlich vieler, Kriterien abzugrenzen versucht. Dabei lässt sich jedoch feststellen, dass letztendlich überall auf das Kriterium der Rechtsfolge abgestellt wird.

b) Rechtsfolgebeschränkungen im Besonderen

aa) Allgemein

- 370 Im **zürcherischen** und **schweizerischen** Strafbefehlsverfahren können grundsätzlich Freiheitsstrafen und Geldstrafen ausgesprochen sowie die Leistung ge-

⁹²⁰ § 24 Abs. 1 Nr. 2 dGVG: «[...] Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus, allein oder neben einer Strafe, oder in der Sicherungsverwahrung [...]».

⁹²¹ § 24 Abs. 1 Nr. 3 dGVG.

⁹²² Entsprechend wurde auch schon die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens auf das Verfahren vor den Landgerichten und den Oberlandesgerichten diskutiert, siehe dazu nur BÖTTCHER, S. 312 f.

⁹²³ Bei einem Vergehen handelt es sich nach § 12 dStGB um eine Tat mit angedrohter abstrakter Mindeststrafe unter einem Jahr, die Höchststrafe ist nicht massgebend.

⁹²⁴ Siehe vorne N 73 und N 117.

⁹²⁵ Siehe vorne N 118.

⁹²⁶ MEYER-GOSSNER, § 407 N 33; ERBE, S. 21; MÜLLER, S. 49.

meinnütziger Arbeit angeordnet werden. Bussen können alleine oder zusammen mit einer der anderen Strafen verhängt werden.⁹²⁷ Mit diesen Strafen können auch bestimmte Massnahmen verbunden werden. Darunter fallen nach zürcherischem Recht die ambulante Behandlung⁹²⁸, die Friedensbürgschaft, das Fahrverbot und die Einziehung.⁹²⁹ Nach schweizerischem Recht können mit den Hauptstrafen alle «anderen Massnahmen»⁹³⁰ verbunden werden. Zu diesen zählen nebst Berufs- und Fahrverbot sowie der Veröffentlichung eines Urteils auch alle Arten der Einziehung und damit auch die Einziehung von Vermögenswerten in unbeschränkter Höhe.⁹³¹ Während das Verhängen eines Berufsverbots und die Veröffentlichung des Urteils⁹³² im Unterschied zum zürcherischen Recht im schweizerischen Strafbefehlsverfahren möglich sind, ist die Anordnung einer ambulanten Massnahme nicht vorgesehen.

Im **deutschen** Strafbefehlsverfahren können die in § 407 Abs. 2 dStPO abschliessend genannten Rechtsfolgen allein oder nebeneinander festgesetzt werden.⁹³³ Als Hauptstrafen können Geld- und Freiheitsstrafen verhängt werden. Als Nebenstrafe kommt das Fahrverbot⁹³⁴ in Frage, einzig mögliche Sicherungsmassregel ist die Einziehung der Fahrerlaubnis⁹³⁵. Auch die Verwarnung mit Strafvorbehalt⁹³⁶ und das Absehen von Strafe⁹³⁷ können mittels Strafbefehl ausgesprochen werden. Des Weiteren zulässig sind die Anordnung von Nebenfolgen wie Verfall, Einziehung, Vernichtung, Unbrauchbarmachung sowie die Bekanntgabe der Verurteilung und Geldbusse gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung.⁹³⁸

⁹²⁷ § 317 Abs. 1 und 2 zhStPO; Art. 352 Abs. 1 und 3 chStPO.

⁹²⁸ Art. 63 chStGB; in der Praxis des Strafbefehlsverfahrens aus Kostengründen selten.

⁹²⁹ Art. 66, 67b, 69 ff. chStGB; gemäss § 317 Abs. 2 zhStPO i.V.m. Art. 105 Abs. 3 chStGB ausgeschlossen: freiheitsentziehende Massnahmen nach Art. 59–61 und 64 chStGB, Berufsverbot nach Art. 56 chStGB, Veröffentlichung des Urteils nach Art. 68 chStGB.

⁹³⁰ Art. 66–73 chStGB.

⁹³¹ Dazu SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 530.

⁹³² Art. 56 chStGB (Berufsverbot); Art. 68 chStGB (Veröffentlichung), Abs. 2 ist mangels Freispruchmöglichkeit durch Strafbefehl nicht einschlägig; zur Relevanz dieser Massnahme, STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 68 N 3 ff.

⁹³³ Wenn dies nach materiellem Strafrecht zulässig ist, MEYER-GOSSNER, § 407 N 23.

⁹³⁴ § 44 dStGB; MEYER-GOSSNER, § 407 N 16.

⁹³⁵ § 69 dStGB; die zugleich zu bestimmende Sperre gemäss § 69a dStGB i.V.m. § 407 Abs. 2 Nr. 2 dStPO ist auf zwei Jahre beschränkt.

⁹³⁶ § 59 Abs. 1 dStGB; VIVELL, S. 67; zum Vorzug der Einstellungsverfahren siehe vorne N 110 (Fn. 272) und KK-FISCHER, § 407 N 11, 18.

⁹³⁷ § 60 dStGB; zum Vorzug der Einstellungsverfahren nach §§ 153 ff. dStPO in diesen Fällen siehe vorne N 110 (Fn. 272) und MALEIKA, S. 10.

⁹³⁸ Zu den Nebenfolgen MEYER-GOSSNER, § 407 N 17 ff.; MÜLLER, S. 52 f.

- 372 Ein Freispruch durch Strafbefehl ist demgegenüber in beiden Ländern nicht möglich. Aufgrund der jeweiligen Eingriffsschwere oder praktischen Relevanz werden im Folgenden die Freiheitsstrafe, die Geldstrafe und im Zusammenhang mit letzterer die Ersatzfreiheitsstrafe eingehender betrachtet.

bb) Freiheitsstrafe

- 373 Im Kanton **Zürich** kann nach geltendem Recht im Strafbefehlsverfahren eine Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten ausgesprochen werden.⁹³⁹ Seit Inkrafttreten der Änderungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches am 1. Januar 2007⁹⁴⁰ sind unbedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten generell nur noch im besonderen Fall von Art. 41 chStGB möglich. Da bedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten gänzlich abgeschafft wurden,⁹⁴¹ ist eine solche im zürcherischen Strafbefehlsverfahren gar nicht mehr denkbar. Damit kann (nach Ablauf einer faktischen Übergangsfrist)⁹⁴² auch ausgeschlossen werden, dass eine ursprünglich durch Strafbefehl ausgesprochene Aussetzung einer Strafe zur Bewährung später widerrufen werden muss.
- 374 Demgegenüber ist ein solcher Widerruf aufgrund eines in der Probezeit begangenen (Rückfall-)Delikts im Strafbefehlsverfahren zulässig.⁹⁴³ Dabei ist unerheblich, von welcher Behörde das ursprüngliche Urteil ausgefällt wurde. Ebenfalls unerheblich ist die Höhe der bedingten Strafe, so lange bei einer Gesamtstrafenbildung nach Art. 46 Abs. 1 chStGB die für den Strafbefehl verbindliche Obergrenze nicht überschritten wird. In diesen Fällen bedarf es keiner separaten Verfügung für den Widerruf. Nach neuerer, bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann aber nur noch bei Zusammentreffen verschiedenartiger Strafen eine Gesamtstrafe gebildet werden.⁹⁴⁴ Dies bedeutet, dass beim Zusammentreffen zweier Freiheitsstrafen mit diesen unabhängig voneinander zu verfahren wäre. Damit wird es (bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 41 chStGB) möglich, eine dreimonatige unbedingte Freiheitsstrafe auszufällen und zusätzlich im Zusammenhang mit einer bedingten Freiheitsstrafe in beliebiger Höhe den Straf-

⁹³⁹ § 317 Abs. 1 zhStPO; bemerkenswert ist, dass bei Inkrafttreten der zürcherischen Strafprozessordnung im Jahre 1919 die zulässige Höchststrafe mittels Strafbefehl im Kanton Zürich bei 50 Franken Busse lag, HAUSER, Anklage, S. 25; STRÄULI, S. 166.

⁹⁴⁰ Änderungen im Erlass vom 13. Dezember 2002 (AS 2006 3459).

⁹⁴¹ STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 42 N 4, welche dabei von einer «Lücke im System der Sanktionen» sprechen.

⁹⁴² Bis altrechtlich festgesetzte Probezeiten inklusive Verlängerungen nach Art. 46 Abs. 2 StGB und der Dreijahresfrist i.S.v. Art. 46 Abs. 5 StGB abgelaufen sind, ist ein entsprechender Widerruf nicht ausgeschlossen.

⁹⁴³ § 317 Abs. 2 zhStPO; WBA 48.12; zur besonderen Zuständigkeit des Staatsanwaltes in diesem Fall KÜNG/HAURI/BRUNNER, § 317 N 4.

⁹⁴⁴ BGE 134 VI 241, E. 4.

aufschub zu widerrufen.⁹⁴⁵ Ersteres in Form eines Strafbefehls, letzteres in Form einer separaten Widerrufsverfügung.

Gemäss **schweizerischer** Strafprozessordnung sind im Strafbefehlsverfahren Freiheitsstrafen von höchstens sechs Monaten zulässig.⁹⁴⁶ Wie bereits dargelegt, werden unbedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten nur noch ausnahmsweise und bedingte gar nicht mehr ausgesprochen. Eine exakt sechsmonatige Freiheitsstrafe fällt aber nicht mehr unter die «kurzen Freiheitsstrafen» und untersteht nicht mehr den Voraussetzungen von Art. 41 chStGB. Während die Sechsmonatsgrenze in Art. 42 chStGB besagt, dass eine Strafe von exakt sechs Monaten bereits bedingt ausgesprochen werden kann, bedeutet diejenige von Art. 352 Abs. 1 chStPO, dass eine Strafe von exakt sechs Monaten noch in den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens fällt. Demnach kann im schweizerischen Strafbefehlsverfahren eine Freiheitsstrafe von exakt sechs Monaten verhängt werden – sowohl bedingt als auch unbedingt. Somit ist hier im Gegensatz zum zürcherischen Recht die Situation denkbar, dass in einem Strafbefehl eine Freiheitsstrafe auf Bewährung ausgesprochen wird. Diese kann dann in einem späteren Verfahren Objekt eines Widerrufs werden. 375

Bei der Berechnung der maximalen Strafhöhe ist ein allfälliger Widerruf mitzuzählen, im Unterschied zum zürcherischen Recht unabhängig davon, ob dieser in einer Gesamtstrafe aufgeht.⁹⁴⁷ Damit wurde einem Kompromiss gefolgt zwischen derjenigen Lösung, bei einem Widerruf den Erlass eines Strafbefehls auszuschliessen, und derjenigen, für diese Fälle eine Freiheitsstrafe zuzulassen, die über die für den Strafbefehl vorgesehene maximale Strafhöhe hinausgeht.⁹⁴⁸ Der Kompromiss hat zur Folge, dass (auch hier nach Ablauf einer faktischen Übergangsfrist) ein Widerruf bezüglich einer bedingten Freiheitsstrafe im Strafbefehlsverfahren nicht möglich ist, da bedingte Strafen allein schon mindestens 376

⁹⁴⁵ ALTORFER, S. 71 f.; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 11, § 318 N 6; WBA Ziff. 48.10: «Der von einem Widerrufsverfahren Betroffene hat Anspruch auf volles rechtliches Gehör. Der Staatsanwalt hat ihn auf die Widerrufsründe aufmerksam zu machen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.»; zu den Einzelheiten der durch die Staatsanwaltschaft geführten Nachverfahren WBA Ziff. 48.13.

⁹⁴⁶ Art. 352 Abs. 1 lit. d chStPO.

⁹⁴⁷ Art. 352 Abs. 1 chStPO; SCHMID, Handbuch, N 1355; zur Erinnerung: Eine Gesamtstrafe ist bei gleichartigen Strafen nach geltender Rechtsprechung nicht mehr möglich.

⁹⁴⁸ Botschaft E StPO, S. 1290, «die mittlere Lösung erlaubt es, in einfachen Fällen ein Strafbefehlsverfahren durchzuführen, auch wenn ein Widerruf zur Diskussion steht.»

sechs Monate betragen müssen und bei einem entsprechenden Widerruf kein Raum für eine neue Geld- oder Freiheitsstrafe bleibt.⁹⁴⁹

377 In **Deutschland** können gemäss § 407 Abs. 2 S. 2 dStPO im Strafbefehlsverfahren seit der Änderung durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz von 1993 aus Effizienzgründen wieder Freiheitsstrafen von bis zu einem Jahr ausgefällt werden.⁹⁵⁰ Voraussetzung dafür ist einerseits, dass der Beschuldigte verteidigt ist.⁹⁵¹ Die Mitwirkung des Verteidigers soll sicherstellen, dass die belastenden Folgen einer Freiheitsstrafe, die der Beschuldigte aufgrund des schriftlichen Verfahrens (sowie mangels Anhörung) und der Aussetzung zur Bewährung nicht unmittelbar spürt, nicht verkannt werden.⁹⁵² Ist der Beschuldigte noch nicht verteidigt und will das Gericht dem Antrag des Staatsanwaltes auf Freiheitsstrafe entsprechen, bestellt es dem Beschuldigten gemäss § 408b dStPO einen Verteidiger bzw. Pflichtverteidiger. Letztere Möglichkeit stellt sicher, dass auch ein mittelloser Beschuldigter mittels Strafbefehl zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden kann.⁹⁵³ Ferner muss die Strafe zur Bewährung ausgesetzt werden. Diese steht dann, wie nach einem Normalverfahren, unter dem Vorbehalt des Widerrufs nach § 56f dStGB.

378 In Deutschland ist, im Unterschied zu den Regelungen in der Schweiz, ein Widerruf in einem Strafbefehlsverfahren selbst nicht möglich, da ein solcher gemäss § 453 Abs. 1 S. 1 dStPO i.V.m. § 56f dStGB zu den nachträglichen Entscheidungen zählt, welche das Gericht durch Beschluss trifft. Eine Gesamtstrafenbildung ist im Hinblick auf einen Widerruf im deutschen Recht nicht vorgesehen. Dies schliesst freilich nicht aus, dass das Gericht eine solche Widerrufsentscheidung im Hinblick auf ein in der Probezeit verübtes Delikt zu treffen hat, welches im Strafbefehlsverfahren beurteilt wird.⁹⁵⁴

⁹⁴⁹ SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 529, scheint allerdings davon auszugehen, dass der Widerruf bedingter Freiheitsstrafen auch im Strafbefehlsverfahren noch immer möglich ist.

⁹⁵⁰ Zur Entwicklung siehe vorne N 62 ff. (N 73); BÖTTCHER, S. 299 ff.; KK-FISCHER, § 407 N 8 ff.; SCHELLENBERG, S. 570 ff.; VIVELL, S. 63; Begründung für die Wiedereinführung der Freiheitsstrafe mit dieser Höchstgrenze war u.a. die erhebliche potentielle Entlastungswirkung in einer Höhe von 63% der verhängten Freiheitsstrafen, BT-Drs. 12/1217, S. 42.

⁹⁵¹ KK-FISCHER, § 407 N 8a; SCHELLENBERG, S. 571.

⁹⁵² Zur Entstehung dieser Bestimmung als Ersatz für eine geforderte zwingende Anhörung des Beschuldigten statt vieler AK-LOOS, § 408b N 1 ff.; zum ursprünglichen Entwurf vgl. die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, abgedruckt in DRiZ 1991, S. 295, sowie die Erklärung des Strafverteidigertags abgedruckt in StV 1991, S. 281 f.

⁹⁵³ VIVELL, S. 63; BT-Drucks. 12/3832, S. 42.

⁹⁵⁴ Schönke/Schröder-STREE, § 56f N 3; KK-FISCHER, Vorbem. zu §§ 407 ff. N 4.

cc) Geldstrafe

Seit dem 1. Januar 2007 sieht das Schweizerische Strafgesetzbuch in Art. 34 chStGB das Institut der Geldstrafe vor. Im konkreten Fall bestimmt sich die Anzahl der Tagessätze nach dem Verschulden. Die Höhe des Tagessatzes richtet sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils. Es können, sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt, maximal 360 Tagessätze unbedingt oder bedingt ausgesprochen werden. Letzteres stellt eine schweizerische Besonderheit⁹⁵⁵ dar und wird bisweilen vehement kritisiert.⁹⁵⁶ Eine Mindestgrenze existiert hier anders als bei bedingten Freiheitsstrafen nicht.⁹⁵⁷ Dies führt dazu, dass im gesetzlich zulässigen Rahmen immer auch bedingte Geldstrafen ausgesprochen werden können. Entsprechend der Obergrenze für Freiheitsstrafen können im Strafbefehlsverfahren nach **zürcherischem** Recht maximal 90 Tagessätze, nach **schweizerischem** Recht 180 Tagessätze ausgesprochen werden. Daraus folgt, dass ein entsprechender Widerruf immer dann zulässig ist, wenn die zu bildende Gesamtstrafe die 90 bzw. 180 Tagessätze nicht übersteigt. Wird keine Gesamtstrafe gebildet, kann die Geldstrafe bei einem Widerruf im zürcherischen Verfahren auch höher sein.⁹⁵⁸

Im **deutschen** Strafbefehlsverfahren ist keine Beschränkung der Geldstrafe vorgesehen. Gemäss § 407 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 dStPO kann eine solche bis zur gesetzlich vorgesehenen Höhe verhängt werden.⁹⁵⁹ Diese liegt nach § 40 Abs. 1 S. 2 dStGB, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, bei 360 Tagessätzen. Bei Gesamtstrafen ist nach § 53 Abs. 1 und § 54 Abs. 2 S. 2 dStGB eine Geldstrafe von bis zu 720 Tagessätzen möglich.⁹⁶⁰ Der Minimalansatz liegt bei fünf Tagessätzen. Da das deutsche Recht keine bedingten Geldstrafen vorsieht, erübrigt sich die Thematisierung des Widerrufs.⁹⁶¹

dd) Ersatzfreiheitsstrafe

Bezahlt der Verurteilte die Geldstrafe nicht und bleibt sie uneinbringlich, so tritt in beiden Ländern an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe. Diese gilt als echte

⁹⁵⁵ Art. 42 Abs. 1 chStGB; vgl. zum deutschen Recht allerdings die Verwarnung mit Strafvorbehalt bei Geldstrafen bis 180 Tagessätzen gemäss §§ 59 ff. dStGB, welche eine ähnliche Wirkung hat, jedoch zunächst keine Verurteilung darstellt.

⁹⁵⁶ Für die Abschaffung der bedingten Geldstrafe vgl. u.a. die Motionen Häberlin-Koller (09.3444) und Luginbühl (09.3158).

⁹⁵⁷ Kritisch dazu TRECHSEL, Praxiskommentar, Art. 34 N 1.

⁹⁵⁸ Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Bildung von Gesamtstrafen und zur zürcherischen Regelung des Widerrufs im Strafbefehlsverfahren vorne N 374.

⁹⁵⁹ KK-FISCHER, § 407 N 9; §§ 40 Abs. 1 S. 2, 54 Abs. 2 S. 2 dStGB.

⁹⁶⁰ Schönke/Schröder-STREE/STERNBERG-LIEBEN, § 53 N 1 ff.; § 54 N 13.

⁹⁶¹ Siehe aber die Verwarnung mit Strafvorbehalt bei Geldstrafen bis 180 Tagessätzen gemäss §§ 59 ff. dStGB, welche eine ähnliche Wirkung hat, jedoch zunächst keine Verurteilung darstellt, Schönke/Schröder-STREE, § 59 N 1 m.w.H.

Strafe und wird wie eine originäre Freiheitsstrafe vollzogen.⁹⁶² Damit werden kurze Freiheitsstrafen zugunsten der Effektivität der Strafe in Kauf genommen.⁹⁶³

- 382 In der **Schweiz** ist die Ersatzfreiheitsstrafe in Art. 36 chStGB geregelt. Soweit der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlt und sie auf dem Betreuungsweg uneinbringlich ist,⁹⁶⁴ tritt an die Stelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe.⁹⁶⁵ Ein Tagessatz entspricht einem Tag Freiheitsstrafe. Somit kann im Kanton Zürich aus den im Strafbefehlsverfahren zulässigen 90 Tagessätzen Geldstrafe durchaus eine dreimonatige Freiheitsstrafe resultieren. Dasselbe gilt für die schweizerische Regelung mit bis zu sechs Monaten Ersatzfreiheitsstrafe bei bis zu 180 Tagessätzen. Für die Umwandlung zuständig ist die Vollzugsbehörde.⁹⁶⁶ Diese hat dem Verurteilten rechtliches Gehör zu gewähren.⁹⁶⁷ Auf Antrag hin kann diesem bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 3 chStGB auch eine Tilgung der Geldstrafe durch gemeinnützige Arbeit ermöglicht werden.⁹⁶⁸
- 383 Auch in **Deutschland** tritt gemäss § 43 dStGB an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe die Freiheitsstrafe, ein Tagessatz entspricht ebenfalls einem Tag Freiheitsstrafe. Da im Strafbefehlsverfahren bis zu 720 Tagessätze Geldstrafe ausgesprochen werden können, ist im Höchstfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren denkbar. Zuständig für die Anordnung zur Umwandlung ist die Vollstreckungsbehörde. Ob dem Verurteilten dabei rechtliches Gehör gewährt werden muss, ist umstritten.⁹⁶⁹ Die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe kann auf Antrag des Verurteilten hin, auf der Grundlage von Art. 293 EGStGB in Verbindung mit dem entsprechenden Landesrecht, auch durch gemeinnützige Arbeit erfolgen.⁹⁷⁰

2.1.4 Kritik

- 384 Die Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen hat die anfänglichen Feststellungen bestätigt. Die einzelnen Regelungen zeigen deutlich, dass der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens nicht mehr auf Fälle mit geringer Tatschwere beschränkt ist. Wie bereits dargelegt, ist bei einem solch weiten Anwen-

⁹⁶² Schönke/Schröder-STREE, § 43 N 3; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 36 N 4.

⁹⁶³ Schönke/Schröder-STREE, § 43 N 1.

⁹⁶⁴ Art. 35 Abs. 3 chStGB.

⁹⁶⁵ Zur ultima ratio der Ersatzfreiheitsstrafe STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 36 N 3.

⁹⁶⁶ Zu den Ausnahmen STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 36 N 3.

⁹⁶⁷ TRECHSEL, Praxiskommentar, Art. 36 N 2.

⁹⁶⁸ Die Antragsmöglichkeiten nach Art. 36 Abs. 3 chStGB gelten zum Schutz des Verurteilten bei unverschuldeter erheblicher Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse; zu Ersatzmassnahmen nach Abs. 3 TRECHSEL, Praxiskommentar, Art. 36 N 5 ff.

⁹⁶⁹ MEYER-GOSSNER, § 459e N 1 m.w.H.

⁹⁷⁰ Schönke/Schröder-STREE, § 43 N 1, m.w.H.

ungsbereich wenigstens auf die Klarheit der gewählten Grenze zu achten. Die diesbezügliche *Tauglichkeit* der gewählten Kriterien ist nachfolgend zu prüfen.

Des Weiteren fallen systematische Widersprüche auf, welche darauf hindeuten, dass das Strafbefehlsverfahren die optimale Umsetzung des materiellen Strafrechts nicht garantieren kann. Insbesondere bei den Sanktionsformen erscheinen mehrere Aspekte des Strafbefehlsverfahrens inkonsequent.⁹⁷¹ In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, weshalb ausgerechnet im Strafbefehlsverfahren kurze Freiheitsstrafen und Strafen auf Bewährung ausgesprochen werden sollten. *Kurze Freiheitsstrafen* stellen die Ausnahme dar und bedürfen besonderer Voraussetzungen, bedingte Strafen müssen sich auf sorgfältige *Bewährungsprognosen* stützen. In diesem Zusammenhang erscheint auch höchst fraglich, ob sich der *Bewährungszweck* im Strafbefehlsverfahren durchsetzen lässt. 385

a) *Tauglichkeit der Abgrenzungskriterien*

aa) *Deliktsart*

Nur das deutsche Recht zieht die Grenze des Anwendungsbereichs bei der Deliktsart. Zwar scheint es auf den ersten Blick durchaus angebracht, die Beurteilung von Verbrechen im Strafbefehlsverfahren auszuschliessen. Fraglich ist aber, ob die Schwelle zur schweren Tat tatsächlich exakt auf der Grenze zwischen Vergehen und Verbrechen liegt, werden diese Kategorien in Deutschland doch lediglich nach der Mindeststrafe unterschieden, wobei besonders schwere oder besonders leichte Fälle innerhalb eines Tatbestandes an dieser Kategorisierung nichts zu ändern vermögen.⁹⁷² So liegen gewisse Vergehen im Bereich der Gewaltdelikte, wie beispielsweise die gefährliche Körperverletzung mittels einer Waffe gemäss § 224 Abs. 1 Nr. 2 dStGB, immer noch im Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens, obwohl sie in ihrem Unrechtsgehalt auch in die Verbrechenkategorie gehören könnten. Da die Kategorie der Verbrechen in Deutschland relativ hoch angesetzt ist, scheint es demnach sinnvoll, höchstens im Sinne einer Annäherung an die erwünschte Grenze auf die Deliktsart abzustellen und zusätzlich bestimmte Vergehen mittels eines Delikt kataloges auszuschliessen. 386

Eine Grenzziehung bei der Deliktsart würde im schweizerischen Recht nicht nur eine willkürliche Abgrenzung, sondern, anders als im deutschen Recht, auch 387

⁹⁷¹ LÄMMLI, S. 50.

⁹⁷² § 12 Abs. 1 dStGB: «Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmass mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind.» Abs. 2: «Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmass mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind.» Abs. 3: «Schärfungen oder Milderungen [...] bleiben für die Einteilung ausser Betracht.»

eine unnötige Einschränkung des Anwendungsbereichs mit sich bringen. Da Vergehen nach schweizerischem Strafgesetzbuch durch die Strafobergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe definiert werden,⁹⁷³ handelt es sich etwa beim Diebstahl nach § 139 chStGB bereits um ein Verbrechen, sofern der Deliktsbetrag über der Geringfügigkeitsgrenze liegt.⁹⁷⁴ Somit könnten bei einer Beschränkung auf Vergehen beispielsweise die in der Praxis häufig vorkommenden, mittelschweren Ladendiebstähle (Deliktsbetrag über 300 Franken)⁹⁷⁵ nicht mehr im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden. Schon aus diesem Grund ist eine Beschränkung auf Vergehen in der Schweiz abzulehnen.

bb) Zuständigkeit/Deliktskatalog

- 388 Das Kriterium der Zuständigkeit erweist sich insgesamt als ungeeignet. In Deutschland, wo eine bestimmte Zuständigkeit erforderlich ist, ergibt sich der daraus hervorgehende Bereich grösstenteils bereits aus der Deliktsart bzw. der Rechtsfolgebeschränkung. Die zürcherische Regelung, bei welcher die Beschränkung auf Delikte im Zuständigkeitsbereich des Bezirksgerichts zum Ausschluss der Behandlung von schweren Verbrechen führt, ist dagegen, nach heutiger Rechtslage, durchaus notwendig. Würde auf diese verzichtet, müsste der Staatsanwalt, bei Vorliegen der Voraussetzungen und innerhalb der zulässigen Rechtsfolgen, (theoretisch) auch bei schweren Verbrechen einen Strafbefehl ausfallen. Eine Beschränkung durch einen negativen⁹⁷⁶ Deliktskatalog wäre hier jedoch zweckmässiger. Da zwar Delikte im Zuständigkeitsbereich des Obergerichts ausgeschlossen werden sollen, jedoch keine Notwendigkeit besteht, die Grenze des Anwendungsbereichs exakt zwischen den materiellen Zuständigkeiten der Gerichte zu ziehen, würde dies Platz schaffen für die Aufnahme weiterer, für die Erledigung im Strafbefehlsverfahren ungeeigneter Tatbestände.
- 389 Auch für die deutsche und die schweizerische Regelung wäre es durchaus sinnvoll, einen negativen Deliktskatalog zu erarbeiten, welcher bestimmte Delikte, ganz im Sinne der genannten Zuständigkeitskataloge, vom Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens ausschliessen würde.

⁹⁷³ Art. 10 Abs. 2 chStGB: «Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind.», Abs. 3: «Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind.»

⁹⁷⁴ Art. 172^{ter} Abs. 1 chStGB: «Richtet sich die Tat nur auf einen geringen Vermögenswert oder auf einen geringen Schaden, so wird der Täter, auf Antrag, mit Busse bestraft.»

⁹⁷⁵ BSK-WEISSENBERGER, Art. 172^{ter} N 25 m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Geringfügigkeitsgrenze.

⁹⁷⁶ Eine positive Auflistung zugänglicher Tatbestände würde den Anwendungsbereich zu sehr eingrenzen und neugeschaffene Tatbestände per se vom Strafbefehlsverfahren ausschliessen; so aber die Regelung im Kanton Thurgau, § 6 Abs. 2 tgStPO.

cc) Rechtsfolgebeschränkung

Auf den ersten Blick erscheint eine Beschränkung der Rechtsfolgen als das effektivste und deutlichste Abgrenzungskriterium. Der Kanton Zürich scheint mit seiner restriktiven Bestimmung von drei Monaten Freiheitsstrafe sehr viel weniger Spielraum zuzulassen als das deutsche Recht, welches bedingte Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr erlaubt. Auch das schweizerische Recht bleibt im Vergleich eher strikt, indem es die Obergrenze bei sechs Monaten Freiheitsstrafe ansetzt. Unmittelbar von Bedeutung ist dieses Kriterium aber nur für die Interessen des Beschuldigten selbst, da es nur den tatsächlichen Eingriff in dessen persönliche Freiheit als Argument gelten lässt. Für die effektive Schwere der Tat ist und bleibt die Rechtsfolge nur ein Indiz. Die öffentlichen und individuellen Interessen sind deshalb zunächst durch einen Deliktskatalog zu schützen. 390

Das alleinige Abstellen auf die Rechtsfolgebeschränkung im schweizerischen Recht birgt aber auch Risiken. So kann nach dieser Regelung (zumindest theoretisch) jedes beliebige Delikt im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden, wenn genügend Strafmilderungsgründe vorliegen, um beispielsweise eine Strafe von genau sechs Monaten Freiheitsstrafe als angemessen anzusehen.⁹⁷⁷ Während die übrigen Beschränkungskriterien besonders schwere Delikte vom Strafbefehlsverfahren per se ausschliessen, kann diese Sicherung durch das Beschränkungskriterium *Rechtsfolge* nicht greifen. Im Übrigen bringt bereits das Kriterium der Rechtsfolgebeschränkung an sich Risiken mit sich. So setzt es eine sorgfältige Strafzumessung, unter Einbezug der persönlichen Verhältnisse, voraus. Eine solche ist gerade im Strafbefehlsverfahren nur sehr rudimentär möglich, was dessen Anwendung letztendlich allein von der Entscheidung des Staatsanwaltes über das Strafmass abhängig macht. Dies macht das Verfahren für Absprachen anfällig.⁹⁷⁸ 391

Hinsichtlich der konkreten Rechtsfolgebeschränkungen ist zu bedenken, dass die deutsche Beschränkung auf bedingte Freiheitsstrafen nur eine Scheinbeschränkung darstellt und dadurch umgangen wird, dass dieses im Strafbefehlsverfahren erwirkte Urteil später bei einem allfälligen Widerruf ohne inhaltliche Überprüfung vollzogen wird.⁹⁷⁹ Falls der Verurteilte dann im mündlichen Widerrufsverfahren⁹⁸⁰ zur Anhörung über den Widerruf nicht erscheint, wird der Ver- 392

⁹⁷⁷ So auch SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 529, mit dem Hinweis, dass sogar Mord durch Strafbefehl abgeurteilt werden könnte, so lange nur die Strafobergrenze des Strafbefehlsverfahrens nicht überschritten wird (insbesondere Fn. 10 zu den Strafrahmenerweiterungen nach hinten).

⁹⁷⁸ Was freilich im Hinblick auf Absprachen über die Deliktsart auch für die anderen Kriterien gilt; siehe dazu vorne N 94 ff.

⁹⁷⁹ Die Widerrufsquote liegt (in Deutschland) nach allgemeiner Ansicht bei ca. 35%, HEINZ, S. 298 m.w.H.

⁹⁸⁰ § 453 Abs. 1 S. 1 dStPO.

urteilte eine Freiheitsstrafe verbüssen müssen, ohne dass er nach Abschluss der polizeilichen Ermittlungen persönlich gehört bzw. gesehen wurde.⁹⁸¹ Dies soll aber durch die Beschränkung auf bedingte Freiheitsstrafen gerade vermieden werden. Es macht also im Einzelfall keinen Unterschied, ob eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen oder die Strafaussetzung zur Bewährung später widerrufen wird. Heikel ist freilich auch, dass ein Widerruf wegen eines neuen, im Strafbefehlsverfahren beurteilten Deliktes vorgenommen werden kann,⁹⁸² wobei dies aber keine Umgehung der gesetzlich beabsichtigten Rechtsfolgebeschränkung darstellt. Insgesamt ist eine Beschränkung auf bedingte Freiheitsstrafen jedenfalls wenig wirkungsvoll.

- 393 Bedenkt man, dass auch durch Strafbefehl ausgesprochene Geldstrafen bei Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt und vollzogen werden können, sind indirekt auch diese als faktische Freiheitsstrafen aufgrund eines Strafbefehls mitzuzählen.⁹⁸³ Auch dürfte gerade im deutschen Strafbefehlsverfahren die Uneinbringlichkeit von Geldstrafen häufig sein, wird die Tagessatzhöhe doch auf den Grundlagen von Polizeiakten ermittelt, wobei Behördenauskünfte nur beschränkt eingeholt werden können.⁹⁸⁴ In Deutschland kommt hinzu, dass eine Geldstrafe mittels Ersatzfreiheitsstrafe in einer höheren Freiheitsstrafe resultieren kann, als dies durch die Verhängung einer originären Freiheitsstrafe selbst möglich ist. Da eine (Gesamt-)Geldstrafe bis zu 720 Tagessätze betragen kann, folgt daraus eine maximale Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Jahren, auf der Grundlage eines Strafbefehls.⁹⁸⁵ Dies stellt ein Überbleibsel aus der Zeit dar, als keine Freiheitsstrafen verhängt werden durften und damit kein Grund bestand, bei der Beschränkung der Geldstrafe an die Ersatzfreiheitsstrafe anzuknüpfen.⁹⁸⁶ Dabei ist zu betonen, dass der Beschuldigte im Fall einer Ersatzfrei-

⁹⁸¹ Zu dieser Thematik siehe auch HEINZ, S. 296 f.

⁹⁸² Schönke/Schröder-STREE, § 56 N 3; a.A. KK-FISCHER, Vorbem. zu §§ 407 ff. N 4.

⁹⁸³ Siehe dazu die Schätzung bei HEINZ, S. 298: «75% der Ersatzfreiheitsstrafe verbüsenden Gefangenen wurden durch Strafbefehl zu einer Geldstrafe verurteilt».

⁹⁸⁴ HEINZ, S. 297 Fn. 107 zu fehlenden Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse bei durch Strafbefehl verhängten Geldstrafen; während schweizerische Behörden (insb. Steuerbehörden, Sozialdienste, Arbeitslosenkassen) gemäss Art. 34 Abs. 3 chStPO die erforderlichen Auskünfte geben müssen, gilt in Deutschland das Steuergeheimnis. Als (neue) Möglichkeit bleibt hier lediglich das Vorgehen der Untersuchungsbehörden und Gerichte gemäss § 24c des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) entsprechende Kontostammdaten zu erfragen und dann den Kontostand bei den Banken zu überprüfen.

⁹⁸⁵ HEINZ, S. 271; MALEIKA, S. 69 f. m.H. auf den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz von 1930, der erstmals eine Begrenzung der Ersatzfreiheitsstrafe vorsah; MÜLLER, S. 253 ff.

⁹⁸⁶ BT-Drs. 7/550, S. 306 (zum Entwurf des EGStGB 1974).

heitsstrafe zuvor im Strafbefehlsverfahren, anders als bei einer originär bedingten Freiheitsstrafe, nicht verteidigt sein muss und eine solche Umwandlung im Strafbefehl nicht explizit erwähnt zu werden braucht.⁹⁸⁷ Grundsätzlich gilt: Da die Freiheitsstrafe als stärkster Eingriff in die Freiheit des Einzelnen den oberen Rahmen festsetzt, dürfen andere Sanktionen, solange sie bei einer allfälligen Umwandlung die Obergrenze der originären Strafe nicht überschreiten, ohne Einschränkung verhängt werden. Diese Obergrenze wird im deutschen Recht überschritten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rechtsfolgebeschränkung 394 alleine für den Ausschluss schwerer Taten vom Strafbefehlsverfahren nicht geeignet ist und nur ein Indiz für das Vorliegen eines minderschweren Falles darstellen kann. Jedoch bildet die Rechtsfolgebeschränkung einen wirkungsvollen Schutz davor, dass hohe Freiheitsstrafen, und damit schwere Eingriffe in die persönliche Freiheit des Beschuldigten, in einem schriftlichen Verfahren ergehen. Allerdings sind die Rechtsfolgebeschränkungen, wie sie heute in den beiden Ländern gelten, nur begrenzt wirkungsvoll. So bedürfte insbesondere die Ersatzfreiheitsstrafe im deutschen Strafbefehlsverfahren einer ausdrücklichen Beschränkung. Auch sollten die jeweiligen Höchststrafen in beiden Ländern bereits unter Einrechnung eines allfälligen Widerrufs gelten, unabhängig davon, ob dabei eine Gesamtstrafe zu bilden ist. Im Übrigen sollte in Deutschland konsequenterweise neben der bedingten auch die unbedingte Freiheitsstrafe als Rechtsfolge möglich sein.⁹⁸⁸ Nur mit diesen Modifikationen erhält das Instrument der Rechtsfolgebeschränkung Transparenz, womit ihm schliesslich eine tatsächliche Wirkung garantiert werden kann.

b) Ausnahmefall kurze Freiheitsstrafe

Die Verhängung von kurzen Freiheitsstrafen soll, wenn möglich, vermieden werden. 395 So sieht es sowohl der schweizerische als auch der deutsche Gesetzgeber vor. Als Grund dafür gilt – zusammengefasst – die negative Wirkung des kurzen Freiheitsentzugs auf den Täter, welche die Sozialisierungsbestrebungen im Ergebnis eher verhindere als stärke. Für eine echte Resozialisierung durch den Strafvollzug wird die Zeit als zu knapp angesehen, überdies würde der Täter aus einem möglicherweise noch intakten Umfeld gerissen.⁹⁸⁹

In der **Schweiz** steht die zulässige Rechtsfolge von Freiheitsstrafen bis zu drei 396 bzw. sechs Monaten im Strafbefehlsverfahren demzufolge im Widerspruch zum Ziel des materiellen Rechts. Sollte am Ausschluss kurzer Freiheitsstrafen trotz

⁹⁸⁷ OLG Bremen NJW 1975, S. 1524; zum Inhalt des Strafbefehls vorne N 239, N 245.

⁹⁸⁸ Siehe dazu sogleich eingehend N 397 ff.

⁹⁸⁹ Siehe dazu für die *Schweiz* BSK-BRÄGGER, vor Art. 37 N 4 ff., Art. 40 N 2; für *Deutschland* WEIGEND, JZ 1986, S. 262 ff.

vermehrter Kritik und geforderter Gesetzesänderung⁹⁹⁰ auch in Zukunft festgehalten werden, kann eine originäre Freiheitsstrafe durch Strafbefehl weiterhin nur im Ausnahmefall von Art. 41 chStGB ausgesprochen werden. Konkret also dann, wenn eine negative Bewährungsprognose vorliegt (Art. 42 chStGB e contrario: Wenn eine unbedingte Strafe notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen abzuhalten) und gleichzeitig zu erwarten ist, dass Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden können (Art. 41 Abs. 1 chStGB). Gerade für diesen Sonderfall ist das Strafbefehlsverfahren mit der typischerweise fehlenden Kommunikation und der oberflächlichen Erhebungen zu den persönlichen Verhältnissen aber gänzlich ungeeignet.

- 397 Auch nach **deutschem** Recht ist der Einbezug der Freiheitsstrafe in den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens zu überdenken.⁹⁹¹ Das Gericht darf gemäss § 47 dStGB auch in Deutschland eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten (im Strafbefehl auf Bewährung) nur verhängen, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder in der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen. Da im deutschen Strafbefehlsverfahren bedingte Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr möglich sind und keine Untergrenze angegeben wird, widerspricht der Bereich unter sechs Monaten wie in der Schweiz dem System des materiellen Rechts. Rechtshistorisch zeigt sich der Bruch deutlich in der Tatsache, dass die Freiheitsstrafe, die bis in die 70er Jahre im deutschen Strafbefehlsverfahren schon einmal vorgesehen war, mit der Einführung des § 47 dStGB durch das EGStGB von 1974 entfernt wurde.⁹⁹² Dies wurde damit begründet, dass nun bei kurzen Freiheitsstrafen Voraussetzungen zu prüfen seien, die im Strafbefehlsverfahren nicht festgestellt werden können.⁹⁹³ Als die Freiheitsstrafe schliesslich mit dem Rechtspflegeentlastungsgesetz 1993 wieder zugelassen wurde, wurde dieses Argument mit der Begründung abgetan, die Freiheitsstrafe von einem Jahr decke den Anwendungsbereich der kurzen Freiheitsstrafe nicht.⁹⁹⁴ Konsequenterweise hätte aber ein zulässiger Straffahren

⁹⁹⁰ Zur Theorie des «short sharp shock» BSK-BRÄGGER, Art 41 N 8; zur Forderung der Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe siehe die Motion Luginbühl (09.3158); zur kurzen Freiheitsstrafe im deutschen Recht WEIGEND, JZ 1986, S. 260 ff.

⁹⁹¹ So auch KK-FISCHER, § 407 N 8a; SCHELLENBERG, S. 570 ff.; VIVELL, S. 64 ff., tritt für die Abschaffung der Freiheitsstrafe im Strafbefehlsverfahren ein (S. 66).

⁹⁹² Dazu MALEIKA, S. 173 ff. m.w.H.; BÖTTCHER, S. 301 ff.; siehe vorne N 73.

⁹⁹³ Begründung zur diesbezüglichen Gleichstellung des Strafbefehlsverfahren mit dem Verfahren bei Ausbleiben des Angeklagten im Entwurf des EGStGB, BT-Drs. 7/550, S. 302; zur gleichzeitigen Aufhebung der Beschränkung der Geldstrafe auf die Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe in BT-Drs. 7/550, S. 306.

⁹⁹⁴ MALEIKA, S. 174; BT-Drs. 12/1217, S. 43, gleichzeitig wurde angeführt, die häufigen Verurteilungen in diesem Bereich würden zeigen, dass es Fälle gebe, die eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nötig machten.

von mindestens sechs und höchstens zwölf Monaten eingeführt werden müssen.⁹⁹⁵

Die Voraussetzung für eine kurze Freiheitsstrafe liegt somit in beiden Ländern im Vorliegen eines Ausnahmefalls. Es widerspricht indes dem System des materiellen Strafrechts, wenn kurze Freiheitsstrafen im Strafbefehlsverfahren als Rechtsfolge zugelassen werden, obwohl sie grundsätzlich nicht vorgesehen sind und die Ausnahmefälle einer sorgfältigen Überprüfung bedürfen, welche ohne eine eingehende Untersuchung und ohne einen persönlichen Eindruck vom Beschuldigten nur schwer möglich sind.⁹⁹⁶ Jedoch spricht sich ein Teil der Lehre⁹⁹⁷ dafür aus, dass auch alle Umstände, die sich aus der Persönlichkeit des Täters ergeben, basierend auf Akten in einem Strafbefehlsverfahren beurteilt werden können.⁹⁹⁸ Grundsätzlich könnte dieser Ansicht gefolgt werden, wird die Beurteilung aufgrund der Akten doch vorliegend auch für die Schuldfeststellung selbst als legitim erachtet. Dabei handelt es sich aber um eine strukturelle Notwendigkeit, welche mit anderen Mitteln ausgeglichen werden muss, während es dem Funktionieren des Strafbefehlsverfahrens keinen Abbruch täte, kurze Freiheitsstrafen aus dessen Anwendungsbereich zu entfernen. Da diese nur ausnahmsweise ausgefällt werden sollen, dürfte deren Einbezug auch keinen wesentlichen Entlastungseffekt zur Folge haben. Folglich müsste nach der heutigen Rechtslage die kurze Freiheitsstrafe angesichts der unbegründeten Systemwidrigkeit aus dem Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens entfernt werden, mit der Folge, dass in der Schweiz nach geltendem Recht keine und in Deutschland nur noch Freiheitsstrafen zwischen sechs und zwölf Monaten zulässig wären. Diese Feststellung soll hier nur als vorläufiges Ergebnis gelten.

c) Bewährungsprognose im Strafbefehlsverfahren

Im **deutschen** Strafbefehlsverfahren sind Freiheitsstrafen als Rechtsfolge nur dann zugelassen, wenn sie auf Bewährung ausgesprochen werden. Somit muss jeweils eine positive Bewährungsprognose gemäss § 56 dStGB vorliegen, nach welcher der Verurteilte in Zukunft auch ohne Strafvollzug deliktsfrei bleiben wird. Im **schweizerischen** Strafbefehl gilt entsprechendes für die bedingte Geldstrafe, wobei die positive Prognose aber vermutet wird (Art. 42 chStGB). Unabhängig von diesem Unterschied steht man in beiden Fällen vor einem ähnlichen Problem wie bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine kurze Freiheitsstrafe

⁹⁹⁵ Ähnlich auch FEZER, FS-Baumann, S. 400: «Argumentation erscheint widersinnig».

⁹⁹⁶ So auch KK-FISCHER, § 407 N 8a; VIVELL, S. 64.

⁹⁹⁷ MALEIKA, S. 178 f.; so auch schon KIRCH, S. 79.

⁹⁹⁸ Dies in Berufung darauf, dass der persönliche Eindruck ja auch deshalb nicht nötig sei, weil «alle erreichbaren Tatsachen zur Schuld- und Straffrage» bereits durch die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft umfasst würden, BT-Drucks. 12/1217 S. 43.

nach § 47 dStGB und Art. 41 chStGB.⁹⁹⁹ Fraglich ist nämlich auch hier, ob eine solche Prognose ohne den direkten Eindruck einer Hauptverhandlung bzw. einer Einvernahme des Beschuldigten durch die Strafbefehlsbehörde verlässlich gestellt werden kann.¹⁰⁰⁰ Eine Abschwächung der Kritik bringt zwar das Argument, dass ungünstige Bewährungsprognosen in beiden Ländern die Ausnahme darstellen und die Bewährungsprognose eines Ersttätlers praktisch immer positiv beurteilt wird. Somit ist die möglicherweise fehlerhafte Bewährungsprognose im Strafbefehlsverfahren zumindest für den Beschuldigten wenig einschneidend. Dazu kommt in Deutschland, dass die Zahl der im Rahmen von Strafbefehlsverfahren ausgesprochenen bedingten Freiheitsstrafen tief,¹⁰⁰¹ die praktische Bedeutung also eher gering ist. Die Quantität alleine kann diese Regelung aber nicht rechtfertigen. Verweist man wiederum auf das vorherige Argument, dass solche Prognoseentscheidungen durchaus auch aus den Akten entnommen werden können, gilt darauf dieselbe Entgegnung: Das Restrisiko dieser Aktenkenntnis kann eben gerade nicht durch den Zweck des Strafbefehlsverfahrens, namentlich den überwiegenden Entlastungseffekt, gerechtfertigt werden. So kann denn auch *Fischer*¹⁰⁰² dahingehend gefolgt werden, dass die Beschränkung auf bedingte Freiheitsstrafen einen systematisch und rechtspolitisch wenig sinnvollen Kompromiss darstellt und es nicht einleuchtet, weshalb die Beurteilungskompetenz in einem schriftlichen Verfahren gerade dann besonders gross sein soll, wenn zusätzliche Prognoseentscheidungen erforderlich sind. Überdies kann mit *Fischer* davon ausgegangen werden, dass bei der deutschen Regelung weniger auf eine rechtsstaatliche Beschränkung als auf die Spekulation darauf abgezielt wurde, der Strafbefehl werde bei einer Strafe auf Bewährung nicht angefochten. Und dies, so viel ist unumstritten, kann nicht Ziel der Beschränkung sein. Bevor aus diesen Überlegungen ein Schluss gezogen wird, sei zunächst noch auf eine weitere Problematik hingewiesen, welche bedingte Geld- und Freiheitsstrafen mit sich bringen.

d) Durchsetzung des Bewährungszwecks

- 400 Der Zweck einer bedingten Strafe liegt in der ausdrücklichen Warnung des Gerichts an den Verurteilten, sich in Zukunft rechtskonform zu verhalten, ansonsten er seine Strafe verbüssen muss. Nimmt dieser die Warnung nicht ernst und wird

⁹⁹⁹ MALEIKA, S. 184.

¹⁰⁰⁰ Auch von MALEIKA, S. 184, wird die im schriftlichen Verfahren erstellte Zukunftsprognose als fragwürdig beurteilt, allerdings bejaht sie gewisse Konstellationen, insbesondere wenn sie für den Verurteilten günstig sind, als aus den Akten erkennbar (Beispiel Ersttäter); PETERS, Fehlerquellen, II, S. 297 f., weist generell auf die Schwierigkeit der Klärung der Persönlichkeit des Beschuldigten (auch die Erkennung einer Schuldunfähigkeit) im Strafbefehlsverfahren hin.

¹⁰⁰¹ HEINZ, S. 293 m.w.H.

¹⁰⁰² KK-FISCHER, § 407 N 8a.

er in der Probezeit erneut straffällig oder kommt er der im Urteil ausgesprochenen Weisungen nicht nach, kann bei entsprechender Prognose ein Widerruf erfolgen und die Strafe vollzogen werden.¹⁰⁰³ Da der Widerruf aber an und für sich voraussetzt, dass der Täter sich die Bewährung nicht als Warnung hat dienen lassen, wird impliziert, dass dieser das Prinzip der Bewährungsstrafe verstanden hat.¹⁰⁰⁴ Problematisch ist hier aber, dass die belastenden Folgen einer Verurteilung zu einer bedingten Strafe von den Betroffenen in einem schriftlichen Verfahren noch weniger erkannt werden, als dies ohnehin bereits in einem mündlichen Hauptverfahren der Fall ist.¹⁰⁰⁵ Dies gilt insbesondere für Beschuldigte, welche der Amtssprache nicht mächtig sind oder generell Schwierigkeiten haben, einen Text zu verstehen. Diese Problematik wurde bei der Prüfung des Strafbefehlsinhalts bereits eingehend dargelegt.¹⁰⁰⁶

Fällt in der **Schweiz** eine Tat in den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens, kann nach zürcherischem Recht keine Freiheitsstrafe auf Bewährung ergehen, nach schweizerischem nur, wenn sie exakt sechs Monate beträgt. Problematischer gestaltet sich die Lage bei den regelmässig bedingt verhängten Geldstrafen, welche durch Strafbefehl ausgesprochen werden und bei denen die Warnfunktion ohnehin zweifelhaft ist. Oftmals werden Strafbefehle mit einer bedingten Geldstrafe weder als rechtskräftige Verurteilung empfunden noch in ihrer Bedeutung erfasst. Dies zeigt sich in der Praxis dann besonders deutlich, wenn in einem späteren gerichtlichen Verfahren der zu widerrufende bedingte Vollzug zur Stellungnahme vorgehalten wird. 401

Im **deutschen** Recht ist die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe mittels Strafbefehl zulässig. Zwar ist in solchen Fällen die Verteidigerpflicht gerade auch zur Sicherstellung des Bewährungszwecks vorgesehen, es kann indessen nicht allein die Aufgabe des Verteidigers sein, seinem Mandanten die Bedeutung einer Bewährungsstrafe aufzuzeigen. 402

2.1.5 Zusammenfassung und Lösungsansätze

Die absolute Grenze des Anwendungsbereichs eines summarischen Strafverfahrens hat sich als nicht ohne weiteres eruierbar erwiesen. Ist eine solche Grenze aber einmal aufgrund eines kriminalpolitischen Konsenses festgelegt, ist in erster Linie die Klarheit der jeweils gewählten Grenze bedeutend. Demzu- 403

¹⁰⁰³ Art. 46 chStGB; § 56f dStGB.

¹⁰⁰⁴ So auch MALEIKA, S. 187.

¹⁰⁰⁵ Dazu KMR-METZGER, § 407 N 19; ohne den Eindruck einer öffentlichen Verhandlung oder zumindest einer mündlichen Belehrung durch den Richter wird dem Verurteilten die Strafe und somit die Warnung und der Ernst seiner Lage nicht optimal vermittelt.

¹⁰⁰⁶ Siehe vorne N 243 ff.

folge wurde vorstehend nur auf die eigentliche Tauglichkeit der einzelnen Abgrenzungskriterien abgestellt. Während im zürcherischen und deutschen Recht immerhin die schwersten Delikte durch eine Kombination von Abgrenzungskriterien vom Strafbefehlsverfahren ausgeschlossen werden, wird ein solcher Ausschluss durch die alleinige Beschränkung auf bestimmte Rechtsfolgen im schweizerischen Recht nicht garantiert. Auf diese Weise wird lediglich der Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschuldigten wirksam beschränkt.

- 404 Eine zusätzliche Beschränkung durch den generellen Ausschluss einer Deliktsart (namentlich Verbrechen) hat sich anhand der obigen Beispiele als für beide Länder ungeeignet erwiesen.
- 405 Demzufolge ist insbesondere für das schweizerische Recht zu fordern, dass zusätzlich zur Rechtsfolgebeschränkung durch einen negativen Deliktskatalog die schwersten Delikte oder Deliktsqualifikationen vom Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens ausgeschlossen werden. Eine solche Auflistung erscheint als präzisestes Abgrenzungsmittel. Auch für das zürcherische und das deutsche Strafbefehlsverfahren wäre ein solcher Deliktskatalog von Vorteil, da auch deren Anwendungsbereich im Ergebnis unbefriedigend umgrenzt ist. Welche Delikte in diesen Katalog aufzunehmen sind, entzieht sich einer systematischen Lösung und lässt sich von keinem Prinzip direkt ableiten. Ähnlich der Vorgehensweise bei der Grenzziehung zwischen strafunwürdigem und strafwürdigem Verhalten, fällt auch diese Abgrenzung in den Aufgabenbereich des Gesetzgebers. Dieser hat nach einer sorgfältigen Überprüfung, basierend auf einem demokratischen Konsens, durch Zuteilung der Delikte in strafbefehlzugänglich und strafbefehlsunzugänglich,¹⁰⁰⁷ einen entsprechenden Katalog zu erstellen. Bei allen grundsätzlich zugänglichen Delikten würden dann die schweren Fälle im Normalfall durch die Rechtsfolgebeschränkung ausgeschlossen.¹⁰⁰⁸ Im Übrigen ist auch eine Unterteilung in Erst- und Wiederholungstäter denkbar, soweit dies nicht schon durch eine nachdrückliche Differenzierung der Strafhöhe geschieht.¹⁰⁰⁹ Dies im Hinblick darauf, dass bei Ersttätern die schnelle Sanktionierung als weit bedeutsamer angesehen wird als die eigentliche Art und Höhe der Sanktion und der sofortige Strafbefehl damit als besonders effektives Instrument erscheint.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁷ Im Hinblick auf eine denkbare Abgrenzung siehe bspw. die Auflistung in den Richtlinien, S. 2.

¹⁰⁰⁸ Für die besonderen Konstellationen (Ersttäter, besondere Strafmilderungsgründe), in denen dennoch eine objektiv gravierende Tat in den Strafbefehlsbereich fallen kann, müsste der Strafbefehlsbehörde für den Fall der offensichtlichen Ungeeignetheit zudem ein gewisses Ermessen zukommen.

¹⁰⁰⁹ Empfehlungen, S. 1; beispielhaft bei Fahren in fahrunfähigem Zustand, S. 7 ff., Fahren trotz Führerausweisentzug, S. 13, und Pornographie, S. 13 f.; Richtlinien, S. 2 f.

¹⁰¹⁰ Richtlinien, S. 3.

Zugunsten einer klaren Abgrenzung ist zusammenfassend nochmals das Verbesserungspotential des Abgrenzungskriteriums der Rechtsfolgebeschränkung hervorzuheben: 406

Kurze Freiheitsstrafen in Ausnahmefällen sind im Strafbefehlsverfahren zulässig, obschon sie sorgfältiger Prognoseentscheidungen bedürfen und somit für ein schriftliches Verfahren wenig geeignet sind. Da der Einbezug kurzer Freiheitsstrafen keinen nennenswerten Entlastungsfaktor darstellt, sollten diese wegen ihrer unbegründeten Systemwidrigkeit aus dem Katalog der zulässigen Rechtsfolgen entfernt werden. Damit blieben im deutschen Strafbefehlsverfahren, was die originären Freiheitsstrafen betrifft, allein die bedingte Freiheitsstrafe zwischen sechs und zwölf Monaten, während in der Schweiz nach der heutigen Rechtslage keine originären Freiheitsstrafen mehr ausgesprochen werden dürften. Ferner wird nach deutschem Recht die gesetzliche Beschränkung auf ein Jahr Freiheitsstrafe auf Bewährung mehrfach umgangen. Über den Umweg der *Ersatzfreiheitsstrafe* ist theoretisch die Verbüßung von zweijährigen Freiheitsstrafen aufgrund eines Strafbefehls denkbar.¹⁰¹¹ Es wäre nicht zuletzt deshalb angebracht, die Verhängung von Geldstrafen mittels Strafbefehl in Deutschland auf 360 Tagessätze zu begrenzen.¹⁰¹² Durch die häufigen *Widerrufsverfahren* wird die deutsche Beschränkung auf bedingte Strafen überdies zu einem zweifelhaften Kompromiss. Wird auf der Zulässigkeit von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsverfahren bestanden, sollte konsequenter- und ehrlicherweise auch die unbedingte Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zugelassen werden. Dafür spricht auch die Schwierigkeit im Zusammenhang mit der *Bewährungsprognose*. Diese liessen sich in der Schweiz nur mit der generellen Abschaffung der bedingten Geldstrafe, in Deutschland nur mit dem generellen Ausschluss der Freiheitsstrafe aus dem Strafbefehlsverfahren lösen. Nur die bedingten Strafen vom Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens auszuschliessen oder unbedingte und bedingte Strafen zuzulassen, würde keine Verbesserung bewirken, ist doch naturgemäss auch bei der unbedingten Strafe eine (gegenteilige) Prognose notwendig, so lange das Institut der bedingten Strafe existiert. Ein stichhaltiges Argument, weshalb die bedingte, nicht aber die unbedingte Strafe zugelassen werden soll, lässt sich jedenfalls nicht finden. Das Problem der Durchsetzung des *Bewährungszwecks* wiederum liesse sich nur durch den Ausschluss bedingter Strafen aus dem Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahren lösen. Dies zöge die im Ergebnis schwer vermittelbare Folge mit sich, dass die heutige Beschränkung auf bedingte Freiheitsstrafen in eine Beschränkung auf unbedingte verkehrt werden müsste. 407

¹⁰¹¹ In der Praxis dürften solch hohe Geldstrafen allerdings eher selten sein.

¹⁰¹² FEZER, ZStW 1994, S. 42, spricht sich, allerdings im Hinblick auf eine neu zu schaffende Verfahrensart für eine Einschränkung auf 180 Tagessätze Geldstrafe im Strafbefehlsverfahren aus; MÜLLER plädiert gar für eine Einschränkung auf 90 Tagessätze, S. 318.

408 Damit bleiben im Ergebnis als Lösung dieser risikobehafteten Systemwidrigkeiten nur die gänzliche Entfernung¹⁰¹³ der Freiheitsstrafe als zulässige Rechtsfolge aus dem Strafbefehlsverfahren beider Länder und die Beschränkung der Geldstrafe in Deutschland auf 360 Tagessätze. Die in der Schweiz inzwischen geplante Abschaffung der bedingten Geldstrafe würde zudem das Problem der fehlenden Durchsetzung des Bewährungszwecks auch für das schweizerische Strafbefehlsverfahren lösen. Sollte es jedoch beim heutigen Anwendungsbereich bleiben, wird es zumindest erforderlich sein, für die bedingten Strafen einen Weg zu finden, den Bewährungszweck sicherzustellen. Dies kann nur durch eine verstärkte Kommunikation zwischen Strafbefehlsbehörde und Beschuldigtem gewährleistet werden.

2.2 Voraussetzung des konkret geeigneten Falles

409 Eine weitere strukturelle Sicherung neben der abstrakten Beschränkung des Anwendungsbereichs könnte in der konkreten Beschränkung des Strafbefehlsverfahrens auf *geeignete* Fälle liegen. Diese Überlegung folgt aus der allgemeinen Ansicht, die Anwendung vereinfachter Verfahren sei nur in einfachen Fällen und bei einer klaren Beweislage geeignet.¹⁰¹⁴

2.2.1 Einfacher Sachverhalt

410 Weder im **zürcherischen** noch im **schweizerischen** Strafprozessrecht ist die Einfachheit des Sachverhalts ein ausdrückliches gesetzliches Erfordernis für das Strafbefehlsverfahren. Sind die übrigen Voraussetzungen erfüllt, muss ein Strafbefehl ergehen, selbst wenn sich die Sache wegen ihrer Unübersichtlichkeit nicht für einen Strafbefehl eignet.¹⁰¹⁵

411 In **Deutschland** wird in § 407 Abs. 1 S. 2 dStPO die Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung verlangt, was dem Staatsanwalt trotz einer grundsätzlichen Verpflichtung zur Antragstellung ein grosses Ermessen eröffnet.¹⁰¹⁶ Indirekt würde dies wohl auch die Einfachheit der Sache erfordern. Dennoch ist der einfache Sachverhalt grundsätzlich auch hier nicht zwingende Voraussetzung für

¹⁰¹³ So nebst vielen auch AK-LOOS, § 407 N 14; dazu auch PETERS, Fehlerquellen, II, S. 298, der 1972, noch vor der Einschränkung der kurzen Freiheitsstrafe, im Hinblick auf ebendiese Reformbestrebung, die Abschaffung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsverfahren forderte und dies als parallele Entwicklung ansah, welche sich dann – leider – nur einseitig verwirklichte.

¹⁰¹⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 3; FEZER, ZStW 1994, S. 7 f.; MAURER, S. 414; PETERS, Fehlerquellen, II, S. 298; RIKLIN, FS-Bolle, S. 117: «[...] auf Misdeldelikte von nicht allzu grosser [...] Kompliziertheit zugeschnitten».

¹⁰¹⁵ Zum fehlenden Ermessen des schweizerischen Staatsanwaltes vorne N 272, N 275.

¹⁰¹⁶ Dazu bereits vorne N 278.

einen Strafbefehlsantrag, wenn der Staatsanwalt davon ausgeht, dass es in der Hauptverhandlung nicht zu wesentlichen Abweichungen von seinen Ermittlungsergebnissen kommen wird. Allerdings müssen sich auch die angemessenen Rechtsfolgen ohne Hauptverhandlung bestimmen lassen, was bei komplizierten Sachverhalten bisweilen schwierig sein kann.

Die Praxis zeigt, dass gerade auch komplexere Fälle durch Strafbefehl beurteilt werden, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen. Dies obschon in diesen Fällen, gerade wegen der Unübersichtlichkeit, nicht auszuschliessen ist, dass nicht alle Aspekte der Tat wirklich erfasst wurden.¹⁰¹⁷ 412

2.2.2 Klare Beweislage

Anders verhält es sich mit der Voraussetzung der klaren Beweislage. Zwar wird eine solche in der **zürcherischen** Strafprozessordnung nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht verlangt, jedoch ergibt sich dieses Erfordernis aus den Gesetzesmaterialien.¹⁰¹⁸ Auch wird zwingend auf ein Geständnis abgestellt.¹⁰¹⁹ Welche Rolle dieses im Rahmen des Strafbefehlsverfahrens spielt, muss noch eingehend geprüft werden. Es sei aber bereits die Hypothese gewagt, dass das hier verlangte Geständnis in der Praxis wohl als Hinweis für eine klare Beweislage angesehen wird.¹⁰²⁰ 413

Gemäss **schweizerischer** Regelung muss der «Sachverhalt eingestanden oder [...] anderweitig ausreichend geklärt»¹⁰²¹ sein, bevor ein Strafbefehl ergehen kann. Auch diese Formulierung bedarf einer eingehenden Untersuchung, stellt sich doch gerade durch diese Alternativvoraussetzung die Frage, in welchem Verhältnis ein Geständnis zum aufgeklärten Sachverhalt steht. Doch sei auch hier bereits eine Hypothese erlaubt: Durch das Wort «anderweitig» wird der geklärte Sachverhalt einem Geständnis gleichgesetzt, wobei das Geständnis wiederum als Zeichen einer klaren Beweislage angesehen wird. 414

In **Deutschland** ergibt sich das Erfordernis der klaren Beweislage aus dem «genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage» gemäss § 170 Abs. 1 415

¹⁰¹⁷ So weist schon PETERS, Fehlerquellen, II, S. 297, darauf hin, dass Strafbefehle nicht selten bei «verwickelten Sachverhalten (Betrug, Untreue, Unterschlagung)» ergehen und die notwendige Klärung so häufig unterbleibe; zu den typischerweise durch Strafbefehl beurteilten Delikte HEINZ, S. 312 (Tabelle; nur im Zusammenhang mit Freiheitsstrafen).

¹⁰¹⁸ ProtKommKR, S. 132 f.: «in glasklaren Fällen».

¹⁰¹⁹ § 317 Abs. 1 zhStPO; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 10, 14; RIEDER, S. 241 f.

¹⁰²⁰ Dazu eingehend hinten N 479 ff.

¹⁰²¹ Art. 352 Abs. 1 chStPO.

S. 2 dStPO und aus dem Nichterfordernis einer Hauptverhandlung.¹⁰²² Unter diesem letzten Kriterium wird geprüft, ob in einer Hauptverhandlung weitere Aufklärung zu erwarten ist. Auch diesbezüglich ist der Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft gross.¹⁰²³ Beim Erfordernis einer Hauptverhandlung spielt das Geständnis überdies eine entscheidende Rolle, obschon es nicht ausdrücklich verlangt wird. Liegt nämlich schon nach Ende des Ermittlungsverfahrens ein vollumfängliches Geständnis vor, ist von der Hauptverhandlung in der Regel keine weitere Aufklärung mehr zu erwarten.¹⁰²⁴

2.2.3 Tauglichkeit der Eignungsvoraussetzung

- 416 Wie bereits im 2. Teil der Abhandlung erkannt, kann nur bei Vorliegen eines einfachen Sachverhalts und bei klarer Beweislage davon ausgegangen werden, dass die Ermittlungsakten eine für die Überzeugungsbildung ausreichende Grundlage bieten.¹⁰²⁵ Damit sind diese beiden Voraussetzungen zwingend zu verlangen und es dürfen konkret nur Fälle im Strafbefehlsverfahren behandelt werden, bei denen die Ermittlung im Vorverfahren die verlangte Aktenüberzeugung ermöglichen.
- 417 Da am Prinzip der materiellen Wahrheit in den drei untersuchten Strafbefehlsverfahren zweifelsfrei nach wie vor festgehalten wird, muss diesem bereits bei Abschluss des Vorverfahrens in vollem Umfang nachgekommen sein. Auch wenn sich bereits daraus ergibt, dass das Strafbefehlsverfahren ohne die Einhaltung der Eignungsvoraussetzung äusserst bedenklich wäre, wird der Klarheit willen für alle drei Gesetze eine ausdrückliche Regelung der Erfordernisse der einfachen Sache und der klaren Beweislage gefordert.
- 418 Für eine Definition könnte auf die Bestimmungen zur schriftlichen Vernehmung¹⁰²⁶ und zum beschleunigten Verfahren¹⁰²⁷ nach deutschem Recht zurückgegriffen werden. Die Einfachheit der Sache ist gemäss Lehre zu den beiden genannten Anwendungsbeispielen eine nach den Umständen des Einzelfalles konkret zu beurteilende Ermessensfrage. Es muss sich dabei um einfach gelagerte Verfahren mit überschaubaren, leicht verständlichen Sachverhalten handeln.¹⁰²⁸ Dies muss beispielsweise verneint werden, wo eine Vielzahl von Taten

¹⁰²² KIRCH, S. 33 mit Verweis auf die, in den Vorüberlegungen zum Gesetzesentwurf von 1987 vorgeschlagene, aber nicht übernommene Voraussetzung, dass «der Sachverhalt nach den Ergebnissen der Ermittlungen hinreichend aufgeklärt erscheint».

¹⁰²³ KK-FISCHER, § 317 N 4, seit dem StVÄG von 1987; MÜLLER, S. 324.

¹⁰²⁴ Dies gilt aber nicht für das «Absprachegeständnis», SK-WESSLAU, vor § 407 N 8.

¹⁰²⁵ Siehe vorne N 226.

¹⁰²⁶ § 163a Abs. 1 S. 2 dStPO; dazu bereits vorne N 183.

¹⁰²⁷ § 417 ff. dStPO; siehe vorne N 100.

¹⁰²⁸ Statt vieler KK-FISCHER, § 163a N 10 ff.; MALEIKA, S. 14.

beurteilt werden muss oder die Persönlichkeit des Beschuldigten eine besondere Rolle spielt.¹⁰²⁹ Die Beweislage gilt sodann als klar, wenn ein glaubhaftes Geständnis vorliegt oder die Überführung des Beschuldigten aufgrund weniger Beweismittel von hohem Beweiswert erwartet werden kann.¹⁰³⁰ Eine solche Eignung ist in Deutschland im Grunde schon deshalb zu verlangen, weil die eigentlichen Erleichterungen des deutschen beschleunigten Verfahrens nach §§ 317 ff. dStPO auch im Verfahren nach Einsprache gegen den Strafbefehl gelten.¹⁰³¹

Auch wenn es sich bei den Begriffen «einfach» und «klar» zugegebenermassen 419 um sehr unbestimmte Begriffe handelt, würde eine solche Anforderung in Deutschland zumindest die Voraussetzung der nichterforderlichen Hauptverhandlung auf eine sachliche Ebene verlagern und den Ermessensspielraum des Staatsanwaltes einschränken.¹⁰³² In der Schweiz würde sie für den Staatsanwalt eine sachlich begründbare Möglichkeit schaffen, einen unübersichtlichen Sachverhalt sicherheitshalber durch eine Anklage vor Gericht zu bringen, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls vorliegen. Dies ist nach der momentanen Gesetzeslage weder nach zürcherischem noch nach schweizerischem Recht möglich.¹⁰³³ Denkbar wäre auch, spezialpräventive Gründe in die Voraussetzung der *Eignung* zu integrieren, wie es in Deutschland praktiziert¹⁰³⁴ und in der Schweiz neuerdings gefordert¹⁰³⁵ wird. Allerdings ist die Missbrauchsgefahr einer solchen Regelung unnötig gross und deshalb, wie bereits angetönt, abzulehnen.¹⁰³⁶

Insgesamt kann die Eignungsvoraussetzung im Sinne der *einfachen Sache* und 420 *klaren Beweislage* als grundsätzlich taugliche Sicherung, nicht aber als alleinige Garantie für ein korrektes Verfahren angesehen werden. Auch wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt eine gewisse qualitative Minderwertigkeit des Strafbefehlsverfahrens bestehen, welche sich durch die praktische Fehleranfälligkeit manifestiert. So kann sich eine vermeintlich einfache Sache bei näherem Hinsehen als unerwartet komplex und eine klare Beweislage bei eingehender Untersuchung als durchaus brüchig erweisen.¹⁰³⁷

¹⁰²⁹ KK-TOLKSDORF § 417 N 7 ff.

¹⁰³⁰ KK-TOLKSDORF § 417 N 9.

¹⁰³¹ Siehe dazu hinten N 435.

¹⁰³² So im Wesentlichen auch der Vorschlag de lege ferenda von MÜLLER, S. 324.

¹⁰³³ Siehe vorne N 272 und N 275.

¹⁰³⁴ Siehe vorne N 278 und N 310.

¹⁰³⁵ So wohl der Hintergrund der Forderung der «Motion Bischof»: «b. wenn die Staatsanwaltschaft zur Auffassung gelangt, dass sich das Strafverfahren sonst nicht zur Erledigung mit Strafbefehl eignet», siehe vorne N 308 und N 367.

¹⁰³⁶ Ablehnend auch ein Teil der deutschen Lehre, siehe vorne N 310 Fn. 776.

¹⁰³⁷ DEITERS, S. 186, aufgrund dieser Fehleranfälligkeit bedarf es im Normalfall in einer kontradiktorischen Hauptverhandlung gesellschaftlicher Überprüfung.

2.3 Einsprache als Rechtsbehelf

- 421 Den Verfahrensbeteiligten steht das Recht zu, innert Frist bei der Strafbefehlsbehörde gegen den Strafbefehl Einsprache zu erheben. Dabei handelt es sich (mangels Devolutiveffekt) um einen Rechtsbehelf.¹⁰³⁸ Ordentliche Rechtsmittel stehen keine zur Verfügung.¹⁰³⁹ Die Einsprache eröffnet dem Beschuldigten die Möglichkeiten eines ordentlichen Verfahrens – so die Idee – und wird daher als kompensierendes Element verstanden.¹⁰⁴⁰ Auch stellt die Einsprache für die Phase nach Abschluss des Vorverfahrens die erste aktive Beteiligung des Beschuldigten dar und ermöglicht diesem, die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu erwirken. So bleibt denn auch zu prüfen, ob die gesetzlichen Anforderungen an eine Einsprache den realistischen Möglichkeiten des Beschuldigten entsprechen. Auch müssen für eine allfällige Legitimation des defizitären Strafbefehlsverfahrens durch Einsprache im nachfolgenden Verfahren alle Verfahrensprinzipien beachtet werden. Der Beschuldigte muss so gestellt sein, wie wenn der Strafbefehl nie bestanden hätte. Über die praktische Gleichstellung eines im originär ordentlichen Verfahren mit dem in einem Verfahren nach Einsprache Verurteilten kann nur gemutmasst werden. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ist vorliegend aber zu prüfen, inwieweit die Einsprache eine (zumindest theoretisch) strukturelle Sicherung darstellt.

2.3.1 Gesetzliche Regelung der Einsprache

a) Frist

- 422 Die Einsprachefrist beträgt nach **zürcherischem** und **schweizerischem** Recht zehn Tage, in **Deutschland** zwei Wochen.¹⁰⁴¹ Gemäss Rechtsprechung des EGMR muss der Angeschuldigte über genügend Zeit verfügen, um sich für oder wider die Einsprache zu entscheiden. Dabei wird eine Frist von einer Woche ab Zustellung des Strafbefehls als ausreichend angesehen, wenn dem Beschuldigten, den kein Verschulden am Versäumen der Einsprachefrist trifft, die Möglichkeit der Wiedereinsetzung gewährt wird.¹⁰⁴² Wird eine Wiedereinsetzung wegen

¹⁰³⁸ Zum fehlenden Devolutiveffekt HAUSER, Anklage, S. 31; für die *Schweiz* DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 321 N 16 m.H.; für *Deutschland* KK-FISCHER, § 410 N 1.

¹⁰³⁹ Statt vieler MALEIKA, S. 27.

¹⁰⁴⁰ So sieht EICKER, S. 20, darin eine Kompensation für die Sanktionskompetenz des Staatsanwaltes, weist aber auf den Konflikt mit der Unschuldsvermutung hin, wenn der Staatsanwalt im Hinblick auf die Einsprachemöglichkeit vorschnell einen Strafbefehl erlässt, obwohl die Schuldfrage noch nicht restlos geklärt ist.

¹⁰⁴¹ § 321 Abs. 1 zhStPO; Art. 354 Abs. 1 chStPO; § 410 Abs. 1 dStPO.

¹⁰⁴² DONATSCH, ZStrR 1994, S. 330 m.w.H. zur Rechtsprechung; Wiedereinsetzungsgrund kann im Übrigen die unterlassene Belehrung sein oder die fehlende Übersetzung der Belehrung bei einem fremdsprachigen Ausländer, dazu SIMON, S. 19; zum

Versäumung der Einspruchsfrist beantragt, so ist zumindest nach deutscher Rechtsprechung ein grosszügiger Verschuldensmassstab anzuwenden (dazu verhilft auch das Privileg der Glaubhaftmachung), da es sich um den «ersten Zugang zum Gericht» handelt.¹⁰⁴³

b) Berechtigung

Gemäss § 321 Abs. 1 zhStPO steht die Einsprache im Kanton **Zürich** dem Be- 423
strafte, dem Leitenden Staatsanwalt,¹⁰⁴⁴ dem Geschädigten sowie Drittbetref-
fenen offen.

Nach **schweizerischem** Recht sind gemäss Art. 354 Abs. 1 chStPO die beschul- 424
digte Person, weitere Betroffene und (je nach kantonaler Regelung) die Ober-
oder Generalstaatsanwaltschaft zur Einsprache legitimiert. Das Einspruchrecht
des Privatklägers wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen.¹⁰⁴⁵
Dies ist dahingehend konsequent, als dass im Strafbefehlsverfahren nicht über
die Zivilforderungen entschieden wird und der Strafbefehl immer einen Schuld-
spruch enthält. Die Privatklägerschaft hat nach Art. 382 Abs. 2 chStPO auch im
Normalverfahren keine Rechtsmittellegitimation hinsichtlich der Sanktion, son-
dern nur bezüglich der Zivilansprüche und einem allfälligen Freispruch.¹⁰⁴⁶

In **Deutschland** berechtigt § 410 Abs. 1 dStPO den Angeklagten, den Verteidi- 425
ger (§ 297 dStPO) und den gesetzlichen Vertreter (§ 298 dStPO) zum Einspruch.
Der Verteidiger kann diesen nur einlegen, sofern nicht der Wille des Beschuldig-
ten entgegensteht. Der gesetzliche Vertreter kann für den Beschuldigten – selbst
gegen dessen Willen – aus eigenem Recht Einspruch einlegen.¹⁰⁴⁷ Auch Neben-
beteiligte wie beispielsweise der Einziehungsbeteiligte haben ein Einspruchs-
recht.¹⁰⁴⁸ Der Verletzte hingegen ist nicht einspruchsberechtigt.¹⁰⁴⁹

c) Form

Die Einsprache ist in der Schweiz schriftlich zu erheben. Die **zürcherische** Re- 426
gelung verlangt eine Begründung der Einsprache, wenn sich diese allein gegen

Einfluss der Einspruchsfrist auf die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens
bedauerlicherweise ohne Ergebnisse GILLIÉRON, S. 128 f.

¹⁰⁴³ L/R-GÖSSEL, § 410 N 24 ff.; PFEIFFER, § 410 N 3; KK-FISCHER § 410 N 8, auch bei
urlaubsbedingter Abwesenheit und dadurch verursachter Fristversäumung.

¹⁰⁴⁴ KÜNG/HAURI/BRUNNER, § 321 N 3, zur Notwendigkeit der innerinstitutionellen
Kontrolle des Strafbefehls durch einen «hierarchisch übergeordneten Funktionär».

¹⁰⁴⁵ Siehe bereits vorne N 332.

¹⁰⁴⁶ LEUPOLD, S. 248.

¹⁰⁴⁷ Zum Ganzen KK-FISCHER, § 410 N 2; L/R-GÖSSEL, § 410 N 3; MALEIKA, S. 28.

¹⁰⁴⁸ §§ 433 Abs. 1 S. 1, 434, 442 Abs. 1, 444 Abs. 2 dStPO; L/R-GÖSSEL, N 410 N 3.

¹⁰⁴⁹ Siehe dazu vorne N 333.

Kosten, Entschädigung oder Schadenersatz richtet.¹⁰⁵⁰ In jedem Fall müssen mit der Einsprache aber die Abänderungsvorschläge verbunden werden.¹⁰⁵¹ Diese Regelung ist bedenklich, kann doch bereits die Formulierung von solchen Vorschlägen für einen Beschuldigten, der nicht anwaltlich vertreten ist, äusserst schwierig sein.¹⁰⁵² Das **schweizerische** Recht enthält zwar in Art. 354 Abs. 2 chStPO eine grundsätzliche Begründungspflicht für die Einsprache. Von dieser ist der Beschuldigte aber ausgenommen, da diesem «die Einsprachemöglichkeit nicht erschwert werden» solle.¹⁰⁵³

- 427 In **Deutschland** ist ein schriftlicher Einspruch (bzw. Einspruch zu Protokoll der Geschäftsstelle), jedoch keine Begründung erforderlich.¹⁰⁵⁴ Die Beschränkung auf bestimmte Beschwerdepunkte ist ebenfalls möglich. Diesfalls wird der nicht angefochtene Teil des Strafbefehls rechtskräftig.¹⁰⁵⁵

d) Wirkung

- 428 Die Wirkung der Einsprache erschöpft sich in ihrem Suspensiveffekt, das vorhergehende Strafbefehlsverfahren wird gegenstandslos,¹⁰⁵⁶ der Strafbefehl als solcher nichtig.¹⁰⁵⁷ Mit der Einsprache verweigert der Beschuldigte sowohl sein Einverständnis mit dem Verfahren als auch mit dem Verfahrensergebnis.¹⁰⁵⁸ Zu prüfen bleibt dabei, ob der Beschuldigte nach einer Einsprache tatsächlich so gestellt ist, wie wenn nie ein Strafbefehl ergangen wäre oder ob er für eine nachfolgende Hauptverhandlung vielmehr bereits vorbelastet ist.

2.3.2 Verfahren nach Einsprache

- 429 Im **zürcherischen** und **schweizerischen** Verfahren werden nach Eingang der Einsprache von der Staatsanwaltschaft die notwendigen Beweise erhoben. Spä-

¹⁰⁵⁰ SCHMID, Strafprozessrecht, N 915; § 321 Abs. 3 zhStPO.

¹⁰⁵¹ § 321 Abs. 2 zhStPO.

¹⁰⁵² Kritisch SCHMID, Strafprozessrecht, N 915 m.H. auf die richterliche Fürsorgepflicht.

¹⁰⁵³ Botschaft E StPO, S. 1291; zum Einfluss der Einspracheform auf die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens ohne Ergebnisse GILLIÉRON, S. 128 f.

¹⁰⁵⁴ KK-FISCHER § 410 N 4, 6, die eigenhändige Unterzeichnung ist keine wesentliche Voraussetzung, es genügt, wenn ersichtlich ist, von wem die Erklärung herrührt und dass nicht nur ein Entwurf vorliegt; PFEIFFER, § 410 N 3.

¹⁰⁵⁵ Zur Entstehung und Begründung dieser Möglichkeit, MALEIKA, S. 28; zur Unterscheidung zwischen horizontaler und vertikaler Beschränkung AK-LOOS, § 410 N 7.

¹⁰⁵⁶ KK-FISCHER, § 410 N 1.

¹⁰⁵⁷ Nach Donatsch/Schmid-SCHMID, § 321 N 17, erst wenn ein neuer Entscheid ergeht; nach DUBS, S. 146, schon mit der Einsprache an sich.

¹⁰⁵⁸ MÜLLER, S. 85.

testens dann wird auch die Untersuchung formell eröffnet.¹⁰⁵⁹ Der Beschuldigte muss nun vernommen werden.

Nach Art. 355 Abs. 2 chStPO gilt die Einsprache überdies als zurückgezogen, falls der Beschuldigte der Einvernahme trotz Vorladung unentschuldig fern bleibt. Diese Regelung widerspricht der Systematik, wonach der Beschuldigte in dieser Phase des Verfahrens genau so behandelt werden müsste wie der Beschuldigte in einer Untersuchung vor Anklageerhebung. Überdies erschwert es den Zugang des Beschuldigten zu einer Hauptverhandlung unnötig. 430

Dem Staatsanwalt stehen sodann verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Gemäss § 322 Abs. 2 zhStPO überweist er die Einsprache und die Akten dem Einzelrichter zur Beurteilung, wenn er an seinem Strafbefehl festhält. Dieser ersetzt dann die Anklage. Nach Abs. 3 kann er aber auch Anklage erheben, erneut einen Strafbefehl erlassen oder das Verfahren einstellen. Dasselbe gilt nach schweizerischem Recht (Art. 355 Abs. 3 i.V.m. Art. 356 Abs. 1 chStPO). Aus diesen Bestimmungen folgt, dass der Staatsanwalt sowohl nach zürcherischem als auch nach schweizerischem Recht hinsichtlich der verfolgten Straftatbestände und der auszusprechenden Sanktionen nicht an seinen ursprünglichen Strafbefehl gebunden ist. Zudem kann auch das Gericht, wie in einem erstinstanzlichen Verfahren üblich, über den Antrag des Staatsanwaltes hinausgehen.¹⁰⁶⁰ Das Verschlechterungsverbot (Verbot der *reformatio in peius*) gilt folgerichtig nicht. Nach zürcherischem Recht ist der Rückzug der Einsprache gemäss § 324 zhStPO bis zum Beginn der Hauptverhandlung möglich. Nach schweizerischem Recht kann die Einsprache gemäss Art. 356 Abs. 3 chStPO noch bis zum Abschluss der Parteivorträge zurückgezogen werden. Wird dem Angeklagten also noch vor diesem Zeitpunkt bewusst, dass die neue Beweislage auf eine höhere Strafdrohung hindeutet, kann er die Einsprache zurückziehen und damit den ursprünglichen Strafbefehl akzeptieren. 431

Lag bei Erlass des Strafbefehls ein Geständnis vor, stellt sich das Problem der diesbezüglichen Verwertung im Hauptverfahren. Hier muss zunächst danach differenziert werden, welche Rolle es beim Erlass des Strafbefehls spielt. Handelt es sich um ein Beweismittel, das unabhängig vom Strafbefehlsverfahren im Untersuchungsverfahren abgenommen wurde, steht einer Berücksichtigung im ordentlichen Verfahren nichts entgegen.¹⁰⁶¹ 432

¹⁰⁵⁹ § 322 Abs. 1 zhStPO; zur Verfahrensherrschaft und dem Zeitpunkt deren Übergangs an das Gericht Donatsch/Schmid-SCHMID, § 322 N 1; Art. 355 Abs. 1 chStPO; Botschaft E StPO, S. 1291.

¹⁰⁶⁰ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 9; RIKLIN, Strafbefehl, S. 772; SCHWITTER, S. 276 ff.; Botschaft E StPO, S. 1291.

¹⁰⁶¹ Siehe hinten N 520 ff.

- 433 In **Deutschland** wird nach Einspruch keine neue Untersuchung eröffnet. Gemäss § 411 Abs. 1 S. 2 dStPO wird bei zulässigem Einspruch ein Termin zur Hauptverhandlung angesetzt. Der Strafbefehlsantrag wird sodann zur Anklage, der Strafbefehl zum Eröffnungsbeschluss.¹⁰⁶² Das Gericht kann das Verfahren aber auch (wie im Normalverfahren) ohne Hauptverhandlung einstellen.¹⁰⁶³ Hält der Richter vor der Verhandlung weitere Ermittlungen für erforderlich, kann er die Staatsanwaltschaft darum ersuchen. In der Hauptverhandlung wird der Strafbefehlsantrag verlesen, allerdings ohne die beantragten Rechtsfolgen, da diese gemäss § 411 Abs. 4 dStPO nicht mehr beachtlich sind. Danach wird grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften zur Hauptverhandlung (§§ 243 ff. dStPO) vorgegangen und es findet ein Beweisverfahren statt. Jedoch gelten im Verfahren nach Einsprache verschiedene Besonderheiten.
- 434 Zunächst besteht, anders als im Normalverfahren, für den Angeklagten die Möglichkeit, sich gemäss § 411 Abs. 2 S. 1 dStPO vom Verteidiger vertreten zu lassen und selbst nicht an der Hauptverhandlung teilzunehmen. Der Verteidiger kann für den Angeklagten in der Hauptverhandlung gar ein Geständnis ablegen.¹⁰⁶⁴
- 435 Weiter ist in § 411 Abs. 2 S. 2 dStPO i.V.m. § 420 dStPO vorgesehen, dass nach einem Einspruch lediglich eine vereinfachte Beweisaufnahme durchgeführt werden kann.¹⁰⁶⁵ Dies bedeutet, dass der Richter unter dem Vorbehalt von § 244 und § 245 dStPO den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt. Er kann danach einen Beweisantrag ablehnen, wenn er der Meinung ist, der Sachverhalt sei zur Genüge geklärt und die Überzeugung des Gerichtes werde sich nicht mehr ändern.¹⁰⁶⁶ Zudem können mit Zustimmung des Angeklagten (soweit anwesend), des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft gemäss § 420 Abs. 1 und 2 dStPO Beweiserhebungen durch Verlesung früherer Vernehmungsprotokolle und schriftlicher Äusserungen ersetzt werden. Auch dies geschieht unter dem Vorbehalt der Aufklärungspflicht gemäss § 244 Abs. 2 dStPO, was in der Praxis immerhin dazu

¹⁰⁶² KK-FISCHER, § 411 N 8.

¹⁰⁶³ KK-FISCHER, § 411 N 7; L/R-GÖSSEL, § 411 N 13, zu den Optionen des Gerichts.

¹⁰⁶⁴ MALEIKA, S. 29 m.w.H.

¹⁰⁶⁵ Eingeführt durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3186); Begründung in BT-Drucks. 12/6853, S. 34; kritisch insbesondere L/R-GÖSSEL, § 411 N 22; MALEIKA, S. 30; SK-WESSLAU, vor § 407 N 20; eingehend zur Thematik RANFT, S. 638 ff., der in dieser Bestimmung eine klare Missachtung des Verbots der Beweisantizipation sieht (S. 639).

¹⁰⁶⁶ BT-Drucks. 12/6853, S. 36.

führt, dass wichtige Vernehmungen in der Hauptverhandlung meist wiederholt werden.¹⁰⁶⁷

Auch nach deutschem Recht ist das Gericht gemäss § 411 Abs. 4 dStPO im Urteil nicht an den Inhalt des Strafbefehls gebunden, *soweit* gültig Einspruch eingelegt ist.¹⁰⁶⁸ Diese Vorschrift hat im Grunde keine eigene Wirkung. Sie ist lediglich ein Hinweis darauf, dass das Verschlechterungsverbot nur gilt, wo es ausdrücklich vorgeschrieben ist. Das Gericht soll den Unrechts- und Schuldgehalt neu ermitteln und das Urteil allein aufgrund der Hauptverhandlung, unabhängig von der früher im Strafbefehl festgesetzten Rechtsfolge bilden.¹⁰⁶⁹ Begründet wird diese Regelung damit, dass «nach der Einlegung des Einspruchs das allgemeine öffentliche Interesse an einer gerechten Bestrafung nunmehr – anders als im Rahmen der möglicherweise nicht erschöpfenden Beurteilung einer Tat im Strafbefehlsverfahren – uneingeschränkt zu wahren ist [...]»¹⁰⁷⁰ Weshalb sich das öffentliche Interesse an einer gerechten Bestrafung mit der Verfahrensart ändern soll, leuchtet jedoch nicht ein. Die Rechtsprechung folgt hier zwar dem Grundsatz der weitergehenden Erforschung der materiellen Wahrheit durch das Gericht, setzt den Betroffenen aber dem Druck aus, den Strafbefehl anzunehmen, da er sonst das Risiko einer höheren Strafe eingeht. Eine diesbezügliche Belehrungspflicht ist umstritten.¹⁰⁷¹ Ein solcher Hinweis sei zumindest nicht schädlich, sofern er nicht in Form eines Einschüchterungsversuches erteilt werde.¹⁰⁷² Als solcher dürfte dieser jedoch in der Regel verstanden werden und häufig auch gemeint sein. Wenn in einem Verfahren nach Einsprache bisweilen gar höhere Strafen ausgesprochen werden als in einem originär ordentlichen Verfahren üblich gewesen wäre, ist dies gemäss *Arzt* damit zu erklären, dass der Beschuldigte als «Spielverderber» erscheint, wenn er den Strafbefehl nicht annimmt, sondern auf einem ordentlichen Verfahren beharrt. Sein Vorgehen wird

¹⁰⁶⁷ Dazu, dass die Bestimmung in § 420 dStPO alleine an sich zwar zu Rechtsunklarheit, nicht aber zu einer Einschränkung von Verfahrensrechten führt, überzeugend L/R-GÖSSEL, § 420 N 8 ff. mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.

¹⁰⁶⁸ Zur Nichtgeltung des *reformatio in peius* im Verfahren nach Einsprache gegen einen Strafbefehl MALEIKA, S. 33; RANFT, S. 637.

¹⁰⁶⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 30. Januar 2006, mit Anmerkungen von ESSER, StV 2007, S. 232 f.

¹⁰⁷⁰ OLG Stuttgart, Beschluss vom 30. Januar 2006, mit Anmerkungen von ESSER, StV 2007, S. 233 m.w.H.

¹⁰⁷¹ Befürwortend KMR-METZGER, § 411 N 33 (wenn eine voraussichtlich wesentliche Verschärfung in Frage kommt); KK-FISCHER, § 411 N 35; MEYER-GOSSNER, § 411 N 11 (wenn der Wegfall einer Bewährung erwogen wird); a.A. PFEIFFER, § 422 N 9 m.H. auf die Rechtsprechung.

¹⁰⁷² OLG Stuttgart, Beschluss vom 30. Januar 2006, mit Anmerkungen von ESSER, StV 2007, S. 233.

als eine Art arglistige Rechtsausübung angesehen, worauf dann eine Strafschärfung folgt.¹⁰⁷³

- 437 Dem Dilemma des fehlenden Verschlechterungsverbots wird die Rückzugsmöglichkeit des Angeklagten entgegengestellt. So kann der Einspruch (umgekehrt auch die Klage) gemäss § 411 Abs. 3 dStPO im Unterschied zum schweizerischen Recht bis zum Beginn der Urteilsverkündung zurückgenommen werden – eine Möglichkeit, von welcher oft Gebrauch gemacht wird.¹⁰⁷⁴ Dies ermöglicht dem nunmehr Angeklagten, den Strafbefehl nachträglich zu akzeptieren, wenn sich für ihn eine Verschlechterung abzeichnet. Es ist aber jeweils die Zustimmung der «Gegenpartei» einzuholen, was dem Angeklagten die Chance auf einen Freispruch sichert, aber auch dem Staatsanwalt die Möglichkeit gibt, auf der Verschlechterung der Angeklagtenposition zu beharren. Diese Dispositionsbefugnis stellt – auch dies ist eine Besonderheit des Verfahrens nach Einsprache – eine Ausnahme von der Unveränderlichkeit der Anklage gemäss § 156 dStPO dar.¹⁰⁷⁵ Ferner sieht § 412 dStPO vor, dass (bei entsprechender Androhung) der Einspruch des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache verworfen wird, wenn dieser unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erscheint und sich auch nicht vertreten lässt. Erklärt wird diese Bestimmung unter anderem mit einer erneuten Verzichtsfiktion. So wird angenommen, der Angeklagte habe an der Durchführung der Hauptverhandlung kein Interesse mehr und wolle «seinen Einspruch als zurückgenommen angesehen wissen».¹⁰⁷⁶ Demgegenüber wird aber auch argumentiert, der Angeklagte habe sein Recht auf eine Hauptverhandlung mit seinem unentschuldigtem Nichterscheinen verwirkt.¹⁰⁷⁷ Unabhängig vom Erklärungsansatz ist jedoch offensichtlich, dass dieses Vorgehen nicht demjenigen nach Anklageerhebung entspricht, wonach bei unentschuldigtem Nichterscheinen des Angeklagten zur Hauptverhandlung nach den §§ 230 ff. dStPO verfahren werden muss und der Angeklagte bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 232 dStPO gar in einem Abwesenheitsverfahren verurteilt werden kann.¹⁰⁷⁸

2.3.3 Tauglichkeit der Einsprache als strukturelle Sicherung

- 438 Eine Legitimation des Strafbefehlsverfahrens wird regelmässig darin gesehen, dass der Beschuldigte den Strafbefehl durch eine Einsprache aus dem Weg räu-

¹⁰⁷³ Dazu eingehend ARZT, FS-Schmid, S. 657 f.

¹⁰⁷⁴ MÜLLER, S. 265; SK-WESSLAU, vor § 407 N 6.

¹⁰⁷⁵ MALEIKA, S. 32 f.

¹⁰⁷⁶ L/R-GÖSSEL, § 412 N 1 m.w.H.

¹⁰⁷⁷ KK-FISCHER, § 412 N 1.

¹⁰⁷⁸ KK-TOLKSDORF, § 230 N 1 ff. m.H. auf die Ausnahmestellung des § 412 dStPO.

men und die Sache in einem ordentlichen Verfahren überprüfen lassen kann.¹⁰⁷⁹ Auch wird das Verfahren gerne als Ganzes betrachtet und dementsprechend der Strafbefehl in Einheit mit der Einsprache und dem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren als unproblematisch angesehen.¹⁰⁸⁰ Dieses letztere Argument ist freilich unwirksam, da die Ergreifung des Rechtsbehelfs gerade die Ausnahme darstellen soll, da ansonsten Sinn und Zweck des Strafbefehlsverfahrens dahinfallen würden. Denkbare Legitimationsmittel kann also nicht die Einsprache an sich, sondern bestenfalls die entsprechende Unterlassung sein.

Jedem Beschuldigten muss der Weg zu einem EMRK-konformen Normalverfahren offen stehen. Dies führt e contrario dazu, dass der Beschuldigte in irgendeiner Weise die Zustimmung zu einem davon abweichenden Verfahren geben muss. Dies ist soweit unumstritten.¹⁰⁸¹ Im Strafbefehlsverfahren wird die Zustimmung zum Verfahren dann angenommen, wenn der Beschuldigte es unterlässt, im Nachhinein fristgerecht Einsprache zu erheben. Zu überprüfen ist demzufolge, ob diese Einspracheunterlassung als strukturelle Sicherung des Strafbefehlsverfahrens angesehen werden kann.

2.3.4 Natur der Einspracheunterlassung

Wird *nach* Erlass eines Strafbefehls bis zum Ablauf der Frist keine Einsprache erhoben, spricht man in der Regel vom **Verzicht** auf Einsprache. Diese Terminologie lässt vermuten, dass es sich dabei um einen Rechtsmittelverzicht handelt. Ein solcher ist grundsätzlich auch im Strafbefehlsverfahren zulässig.¹⁰⁸² Ein Verzicht *vor* Erlass des Strafbefehls ist demgegenüber rechtlich unbeachtlich.¹⁰⁸³ Wird ein solcher dennoch ausgesprochen, handelt es sich dabei regelmässig um eine nichtbindende Vorleistung für eine Strafreduktion im Rahmen von Absprachen.¹⁰⁸⁴ Bei der Einspracheunterlassung handelt es sich indes weder um einen vorzeitigen, noch um einen nachträglichen Rechtsmittelverzicht. Erfolgt bis zum

¹⁰⁷⁹ In dieselbe Richtung geht auch die Rechtsprechung des EGMR, DONATSCH, ZStrR 1994, S. 323 ff. m.w.H.; von SCHUBARTH (Strafbefehl, S. 531) zutreffend als das «etwas naive, in der Regel nicht hinterfragte Konzept des Strafbefehls» bezeichnet.

¹⁰⁸⁰ So bspw. LÄMMLI, S. 298.

¹⁰⁸¹ Bspw. DONATSCH, ZStrR 1994, S. 319; FEZER, ZStW 1994, S. 8; MALEIKA, S. 102; WESSLAU, S. 68.

¹⁰⁸² Gemäss Donatsch/Schmid-SCHMID, § 321 N 12, ist der Verzicht auf Einsprache nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent (bei vorbehaltlosem Bezahlen der Busse oder Antritt der Strafe) möglich, was jedoch nach der hier vertretenen Ansicht aus Gründen des häufigen Informationsdefizits seitens des Beschuldigten abzulehnen ist (so im Ergebnis auch DERS., Strafprozessrecht, N 974, zum Rechtsmittelverzicht im Allgemeinen).

¹⁰⁸³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 974.

¹⁰⁸⁴ Siehe vorne N 94 ff.

Ablauf der Frist keine Einsprache, bewirkt dies lediglich einen Verlust des Anspruchs auf einen Rechtsbehelf. Somit ist der Begriff des Verzichts nur, aber immerhin dahingehend passend, als der Beschuldigte mit Verstreichenlassen der Einsprachefrist darauf verzichtet, ein Urteil zu erwirken, das auf einem (beinahe) ordentlichen Verfahren mit ausgebauten Verfahrensrechten basiert. Die Einspracheunterlassung kann demnach als Verzicht auf ein komplexeres, unmittelbares Erkenntnisverfahren betrachtet werden. Darauf und auf die Kritik an den gesetzlichen Regelungen des Einspracheverfahrens ist sogleich bei der Untersuchung des Verzichts einzugehen.

- 441 Die Einspracheunterlassung wird bisweilen auch als einfacher **Konsens** betrachtet. Ein solcher setzt nach herrschender Ansicht nicht zwingend Kommunikation voraus.¹⁰⁸⁵ Die Einspracheunterlassung durch den Beschuldigten gilt nach dieser Ansicht dann als Legitimation für die belastende Entscheidung bzw. als zweite Legitimationsstufe für die Unsicherheit, die das summarische Verfahren mit sich bringt.¹⁰⁸⁶ Allerdings kann dieser Konsens weder, wie bisweilen von Vertretern der Unterwerfungstheorien konsequenterweise gefolgert wird,¹⁰⁸⁷ als Ersatz für eine Schuldüberzeugung gelten noch an Stelle der Wahrheitserforschung stehen. Vielmehr ist dieser Konsens als ein Einverständnis mit dem summarischen Verfahren (und seinen Tücken) und somit als Verstärkung der Legitimationswirkung des «richtigen» Urteils zu sehen.¹⁰⁸⁸ Allgemein wird dem Konsens in einem wahrheitsorientierten Verfahren die Stellung einer Eingriffsmilderung gesehen.¹⁰⁸⁹ Die Einspracheunterlassung kann also grundsätzlich tatsächlich einen Konsens zwischen Beschuldigtem und Strafbefehlsbehörde, sowohl hinsichtlich der Verfahrensart als auch der materiellen Entscheidung, bedeuten. Da aber gerade im Strafbefehlsverfahren die Gefahr von Informationsdefiziten seitens des Beschuldigten erhöht und deshalb schon die Erkennbarkeit eines Konsenses schwierig ist, kann diesem keine eigene Sicherungsfunktion sondern bestenfalls die Wirkung einer Legitimitätsverstärkung zukommen.
- 442 Als **Geständnis** darf die Unterlassung der Einsprache nach allgemeiner Ansicht nicht betrachtet werden.¹⁰⁹⁰ Trotzdem wird sie in der Praxis bisweilen als eine

¹⁰⁸⁵ WESSLAU, S. 16; SINNER, S. 165 m.w.H.

¹⁰⁸⁶ WESSLAU, S. 197, 253, geht davon aus, dass der Aufklärungsumfang so durch den Beschuldigten beeinflusst werden kann, was die notwendige Begrenzung des Aufklärungsumfangs akzeptabel macht und integriert so das Konsensprinzip in ein an der materiellen Wahrheit orientiertes Verfahren; so auch MALEIKA, S. 102.

¹⁰⁸⁷ Bspw. GEIS, S. 235.

¹⁰⁸⁸ WESSLAU, S. 197 ff., spricht vom «Konsensprinzip als zweite Legitimationsstufe», am Beispiel des Strafbefehlsverfahrens, S. 200 ff.

¹⁰⁸⁹ HASSEMER, Konsens, S. 183.

¹⁰⁹⁰ ESER, S. 666: «Es wäre nämlich schlechthin eine Fiktion zu glauben, dass im Verzicht des Beschuldigten auf Einspruch regelmässig das Eingeständnis seiner Schuld zu sehen sei.»; FEZER, ZStW 1994, S. 8; MAYER, GS 99, S. 58 f.; MÜLLER, S. 132;

Art Geständnisfiktion qualifiziert, mit Hilfe welcher die häufigen (nicht strafbefehlsspezifischen) Sanktionsscheren zu rechtfertigen versucht werden. Bei einer Sanktionsschere wird eine hohe Strafe als Ausgangspunkt gewählt, um bei einem allfälligen Geständnis genügend Verhandlungsspielraum zur Verfügung zu haben. Im Strafbefehl wird der umgekehrte Weg begangen: Die Strafe wird relativ tief angesetzt und nach einem Einspruch gegen den Strafbefehl dann wieder erhöht, mit der Begründung, das Geständnis sei nun weggefallen.¹⁰⁹¹ Auch die Unterwerfungstheorien bedienen sich zum Teil des fiktiven Geständnisses und rechtfertigen damit gar das Fehlen einer Schuldüberzeugung.¹⁰⁹² Von einem Geständnis kann hier aber keineswegs gesprochen werden, handelt es sich bei der Einspracheunterlassung doch höchstens um die mehr oder minder bewusste Hinnahme einer Verurteilung und Bestrafung, nicht jedoch um die Anerkennung eines Sachverhaltes oder gar der Schuld.¹⁰⁹³

Welches Wesen der Einspracheunterlassung auch zugesprochen wird, fest steht 443 jedenfalls bereits jetzt, dass sie zum einen die *negative Bedingung*¹⁰⁹⁴ für den Strafbefehl darstellt und zum anderen aufgrund der passiven Natur ohne weitere Sicherheiten nur *beschränkte Legitimationswirkung* entfalten kann.¹⁰⁹⁵

2.4 Verzicht auf Verfahrensprinzipien

2.4.1 Verzicht als Konzept

Nach unbenutztem Ablauf der Einsprachefrist wird regelmässig ein Verzicht auf 444 zahlreiche Prinzipien eines rechtsstaatlichen Verfahrens angenommen. Darin wird dann eine Legitimation des Schuldnachweises ohne die Einhaltung eben-

WESSLAU, S. 54 f.; a.A. offenbar ARZT, ZStrR 1992, S. 240, allerdings wohl mit Blick auf das bernische Strafmandatsverfahren nach Art. 262 ff. beStrV.

¹⁰⁹¹ Vgl. dazu auch die Urteilsanmerkung von ESSER, StV 2007, S. 232 ff.

¹⁰⁹² Kritisch MÜLLER, S. 132 m.w.H.

¹⁰⁹³ Vgl. dazu jedoch die nur noch im Kanton Luzern bestehende Voraussetzung der schriftlichen, persönlichen (und damit aktiven) Annahmeerklärung einer Strafverfügung (bei Freiheitsstrafe und gemeinnütziger Arbeit; § 133 luStPO), welche als Geständnis betrachtet wird, LERCH, ZStrR 75, S. 421 (zustimmend WIDMER, S. 604, 612): «[...] die Annahme [...] bedeute zugleich auch ein gerichtliches und glaubwürdiges Geständnis des Angeschuldigten.»

¹⁰⁹⁴ SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 528.

¹⁰⁹⁵ MÜLLER, S. 130; SCHWITTER, S. 23; gefordert wird deshalb z.T. auch eine (heute nur noch im Kanton Luzern, § 133 luStPO vorgesehene) aktive Anerkennung des Strafbefehls als Voraussetzung, so bspw. von RIKLIN, plädoyer 4/08, S. 13; ZIMMERLIN, N 360 ff., N 366, N 389 und N 413.

dieser Prinzipien gesehen.¹⁰⁹⁶ Unter einem Verzicht wird dabei weder der gänzliche Verzicht auf ein (Grund-)Recht als solches noch der reine Ausübungsverzicht erfasst, sondern der Verzicht auf einzelne, durch das Grundrecht geschützte Handlungsweisen.¹⁰⁹⁷ Doch worauf und unter welchen Umständen kann der Beschuldigte tatsächlich verzichten?¹⁰⁹⁸ Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es zunächst eines Rückgriffs auf die Dogmatik des Grundrechtsverzichts.

2.4.2 Grundrechtsverzicht

- 445 Vorwegzunehmen ist, dass es sich bei den strafprozessualen Prinzipien nicht per se um Grundrechte handelt. Dennoch kann hier abschliessend festgehalten werden, dass «das übergeordnete Recht speziell den strafprozessualen Verfahrensrechten häufig grundrechtlichen Charakter zukommen lässt»¹⁰⁹⁹ und eine direkte Anwendbarkeit der Überlegungen zum Grundrechtsverzicht auf den Verzicht auf Verfahrensprinzipien damit durchaus gerechtfertigt ist.
- 446 Beim Verzicht natürlicher Personen auf Grundrechtsgüter wird regelmässig ein römischrechtlicher Grundsatz bemüht, welcher besagt, dass jedermann auf «zu seinen Gunsten bestehende Vorrechte» verzichten kann.¹¹⁰⁰ In der Lehre vom Grundrechtsverzicht ist dies indes nicht unumstritten. Vielmehr handelt es sich dabei um die eigentliche Schlüsselfrage, welche tief in der Grundrechtsdogmatik verwurzelt liegt. Vorliegend soll weder eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Verzichtsproblematik noch eine breite Gegenüberstellung der Theorien dargeboten werden. Ziel ist es vielmehr, anhand der beiden Hauptrichtungen der Grundrechtsverzichts-theorien die Wertungsproblematik bei der hier relevanten Verzichtsfrage aufzuzeigen.

a) Verzichtsbegriff

- 447 Der Begriff des Verzichts kann im Strafverfahren aus drei verschiedenen Perspektiven erklärt werden. Aus der Sicht des Staates bedeutet der Verzicht des Beschuldigten eine Ermächtigungsgrundlage für staatliche Handlungen. Aus Sicht des Beschuldigten ist es seine Disposition über die ihm zustehenden Rech-

¹⁰⁹⁶ Zur Verzichtbarkeit der aus Art. 6 EMRK hervorgehenden Rechte abschliessend GAEDE, S. 741 f.; zum Konzept im Strafbefehlsverfahren DONATSCH, ZStrR 1994, S. 321 ff.; MEURER, S. 885; SCHAAL, S. 442; SINNER, S. 164.

¹⁰⁹⁷ Zur umstrittenen Terminologie des Grundrechtsverzichts bei KOLZ, S. 43 ff., mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

¹⁰⁹⁸ Zu dieser Frage WEIGEND, Grundprinzipien, S. 265 ff.; eingehend ZIMMERLIN, als Ganzes; zur Notwendigkeit dieser Frage trotz Regelung «verzichtsrelevanter Fallkonstruktionen» im Gesetz, DERS. S. 3, inbes. Fn. 8 (Einleitung).

¹⁰⁹⁹ ZIMMERLIN, S. 3 (Einleitung).

¹¹⁰⁰ So das einleitend wiedergegebene Zitat bei MALACRIDA, S. 1: «cuique licet his quae pro se introducta sunt renuntiare».

te. Von aussen betrachtet stellt der Verzicht einen Rechtfertigungsgrund für das grundrechtswidrige Handeln des Staates dar.¹¹⁰¹ Sodann gilt der Verzicht als unwiderrufliche und bedingungsfeindliche Bewirkungshandlung. Die Rechtsfolge eines gültigen Verzichts besteht darin, dass dem Staat trotz Umgehung eines Verfahrensrechts kein Verfahrensfehler angelastet werden kann. So wird der Staat beim vorgängigen Verzicht gar nicht erst fehlbar. Beim nachträglichen Verzicht wird ein Verfahrensfehler geheilt.¹¹⁰²

Zunächst ist zu differenzieren, ob ein Verfahrensprinzip als eine Pflicht des Staates oder aber als reiner Anspruch des Beschuldigten ausgestaltet ist. Letzteres gilt beispielsweise für die schweizerische Rechtsweggarantie.¹¹⁰³ Ein Entscheid muss danach an eine höhere Instanz zur Überprüfung weitergezogen werden können. Ob der Berechtigte das Rechtsmittel gegen einen Entscheid auch tatsächlich ergreift, liegt aber alleine in seinem Ermessen. Macht er davon keinen Gebrauch, hat er dabei systematisch betrachtet nicht auf ein Recht verzichtet, sondern lediglich auf die Ausübung desselben. Da kein Beschuldigter zu einer aktiven Inanspruchnahme eines Verfahrensrechts verpflichtet werden kann, steht diesbezüglich nur zur Diskussion, ob der Beschuldigte schon im Vorfeld auf diesen wirksam verzichten kann.¹¹⁰⁴ Andere Prinzipien wiederum bedürfen ihrer Durchsetzung durch den Staat, ohne dass der davon Begünstigte aktiv werden muss.¹¹⁰⁵ Dies gilt beispielsweise für den Anklagegrundsatz, welcher in Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips ein Strukturelement des Strafverfahrens darstellt.¹¹⁰⁶ Bei dieser Art von Prinzipien stellt sich die grundsätzliche – und vorliegend relevante – Frage, ob der Beschuldigte auf das Ausüben einer Pflicht durch den Staat verzichten kann. 448

Mit dem Kriterium des Verfahrenssystems als Grundlage kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte im (konservativ-sozialen) Inquisitionsprozess als Objekt angesehen wird, welches sowohl die Eingriffe durch die Untersuchung als auch die Fürsorge von Seiten des Staates über sich ergehen lassen *muss*. Im rein adversarischen (liberalen) Verfahren andererseits ist der Beschuldigte vor allem Subjekt und *kann* seine Rechte im Verfahren als mündiger Bürger selbst geltend machen. Erstgenanntes System schliesst eine Disposition des Beschuldigten aus, letzteres steht einer solchen nicht entgegen.¹¹⁰⁷ Selbst wenn man dieser ergebnis- 449

¹¹⁰¹ So auch SPIESS G., S. 47; KOLZ, S. 43.

¹¹⁰² ZIMMERLIN, N 415.

¹¹⁰³ Siehe vorne N 286.

¹¹⁰⁴ Vorliegend nicht weiter relevant, siehe zur Thematik aber WEIGEND, Grundprinzipien, S. 281 Fn. 99.

¹¹⁰⁵ Zum Spannungsverhältnis zwischen Individualrechtsschutz, Demokratie und Föderalismus MALACRIDA, S. 21.

¹¹⁰⁶ WEIGEND, Grundprinzipien, S. 267.

¹¹⁰⁷ Zum Ganzen ZIMMERLIN, N 25.

orientierten Unterteilung folgen würde, könnte aus dieser Unterscheidung jedenfalls noch kein befriedigender Schluss gezogen werden, da es sich sowohl beim schweizerischen als auch beim deutschen Strafprozess um eine Mischung dieser beiden Systeme handelt.¹¹⁰⁸

b) Die Kernfrage nach dem Menschenbild

- 450 Der eigentliche Kern der Diskussion ist ein philosophischer und besteht in der Frage nach dem vorherrschenden Menschenbild. Jene Richtung, die einem Grundrechtsverzicht, *Rousseau* folgend, eher ablehnend gegenüber steht, basiert in erster Linie auf dem Gedanken, dass Freiheitsrechte keine subjektiven Rechte des Einzelnen sind und dieser damit nicht über sie verfügen kann.¹¹⁰⁹ Zwar kann niemand dazu verpflichtet werden, seine Rechte in Anspruch zu nehmen, sie stehen aber jedem zu jeder Zeit, ohne Rücksicht auf seinen Willen zu. Begründet wird dieser Zweifel an der Subjektivität der Freiheitsrechte mit der öffentlichen Ordnung, welche geschützt werden soll.¹¹¹⁰ Ein Teil der deutschen Lehre¹¹¹¹ stützt sich auf den Grundsatz der Unveräußerlichkeit der verfassungsrechtlich verankerten Menschenrechte gemäss Art. 1 Abs. 2 GG und vertritt somit zwar ebenfalls die Meinung, dass der Einzelne vor übermässiger Bindung geschützt werden soll. Jedoch sind nach diesem, etwas liberaleren Ansatz nur jene Grundrechte unverzichtbar, welche sich unmittelbar aus der Menschenwürde ableiten lassen.
- 451 Verzichtsfreundliche und damit liberale, den Lehren *Kants* folgende Thesen stützen sich auf die (konkrete) Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen.¹¹¹² Sie halten das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen dabei für das höchste aller Freiheitsrechte, was eine freie Disposition über die Grundrechte des Einzelnen rechtfertigt. Aber auch die Verfechter der liberalen Natur der Grundrechte stützen sich auf das Argument der Menschenwürde, allerdings mit umgekehrten Vorzeichen, indem sie diese als Garant für das Selbstbestimmungsrecht sehen. Das Menschenbild, welches der EMRK und dem IPBPR sowie der schweizerischen Bundesverfassung zugrunde liegt, ist ebenfalls eher liberal.¹¹¹³ Das deutsche Grundgesetz geht demgegenüber zumindest von einer stärkeren

¹¹⁰⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 4 N 12.

¹¹⁰⁹ Eine Gegenüberstellung der Theorien findet sich bei MALACRIDA, S. 57.

¹¹¹⁰ MALACRIDA, S. 54 m.w.H.: «grundlegender Bestandteil der Bundesverfassung».

¹¹¹¹ MALACRIDA, S. 66 m.w.H.

¹¹¹² Dazu MALACRIDA, S. 59.

¹¹¹³ ZIMMERLIN, N 26, N 226 f. und in N 229 zusammenfassend: «Das Konventions- und Verfassungsrecht geht [...] von einem *liberalen, individualistischen* Menschenbild aus, entlässt den Einzelnen aber nicht gänzlich aus der *gesellschaftlichen Verantwortung*. Wo es aus Gründen der Sozialverträglichkeit notwendig ist, wird ihm ein Mindestmass an Sozialpflichtigkeit auferlegt.»

Fürsorgepflicht aus.¹¹¹⁴ Das liberale Menschenbild der EMRK zeigt sich in der Rechtsprechung des EGMR, welcher den Verzicht auf Grundrechte unter gewissen Voraussetzungen zulässt.¹¹¹⁵ So müssen beim konkreten Verzicht das Fairnessprinzip, die Verhältnismässigkeit zur Schwere der Tat und die Beachtung der öffentlichen Interessen gewahrt bleiben.¹¹¹⁶ Dazu kommt, dass der Verzicht un-
zweideutig vorliegen muss, sei dies nun ausdrücklich oder konkludent.¹¹¹⁷ Welche der Konventionsrechte verzichtbar sein sollen, ist damit freilich noch nicht gesagt.

Sturm scheint mit seiner Theorie von einer freiheitlich-demokratisch-sozialstaatlichen Funktion der Grundrechte im Ansatz einen Kompromiss bereitzuhalten: Soweit der Grundrechtsverzicht nicht (abstrakt) öffentliche Interessen und somit die Belange der Allgemeinheit tangiert, kann der Einzelne danach über sein Recht verfügen.¹¹¹⁸ Dies garantiert dessen Selbstbestimmungsrecht, ohne diesem gleich das Schicksal des Rechtsstaates zu überlassen. Allerdings weist *Sturm* gleichzeitig darauf hin, dass sich Grundrechtsgüter notwendigerweise auf die Allgemeinheit ausrichten und der Einzelne so im Ergebnis überhaupt keine Dispositionsmacht über die Grundrechte haben kann. Neu ist hier somit nur der Erklärungsansatz. Dem Einzelnen wird die Dispositionsmacht nicht deshalb vorenthalten, weil es sich bei ihm nicht um ein verantwortungsvolles und selbstbestimmendes Wesen handelt, sondern weil die Allgemeinheit ein eigenes Interesse am Grundrecht als Gemeinwohlkonkretisierung hat.¹¹¹⁹ 452

Zimmerlin kommt mit der aktuell in der Schweiz herrschenden, allgemeinen Ansicht zum Schluss, dass der Beschuldigte als autonomes Prozesssubjekt auch die Kompetenz haben soll, über die Verwirklichung seiner prozessualen Rechte nach eigenem Gutdünken zu entscheiden, sofern der Verzicht nicht in seine Menschenwürde eingreife und bestimmte Voraussetzungen und Schranken (namentlich jene des öffentlichen Interesses) beachtet würden.¹¹²⁰ 453

¹¹¹⁴ MALACRIDA, S. 98.

¹¹¹⁵ DONATSCH, ZStrR 1994, S. 326, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR; dass *Donatsch* (S. 325) beim Strafbefehl von einer «Dispositivofferte» ausgeht und damit diejenige (andere) Meinung vertritt, nach der es sich beim Strafbefehl nicht um einen hoheitlichen Akt handle, macht insoweit noch keinen Unterschied; ausführlich zum Verzicht, speziell auf Verteidigungsrechte GAEDE, S. 739 ff.

¹¹¹⁶ DONATSCH, ZStrR 1994, S. 326 ff.; zu den einzelnen Bedingungen für einen wirksamen Verzicht eingehend GAEDE, S. 741 ff.

¹¹¹⁷ DONATSCH, ZStrR 1994, S. 327; GAEDE, S. 742; ZIMMERLIN, N 365 ff.

¹¹¹⁸ STURM, S. 192.

¹¹¹⁹ Kritisch MALACRIDA, S. 71 f.

¹¹²⁰ Siehe ZIMMERLIN, N 115 ff., welcher das Argument der überindividuellen Interessen in die Voraussetzung der nichtentgegenstehenden öffentlichen Interessen verweist (N 120).

c) Fazit für die vorliegende Arbeit

- 454 Ist zum Schutz der öffentlichen Ordnung und des Rechtsstaates der Grundrechtsschutz des Einzelnen gegen dessen Willen durchzusetzen oder soll dem Einzelnen die volle Selbstbestimmung zugestanden werden, selbst wenn dies im Extremfall den Rechtsstaat in anderen Belangen beeinträchtigt? Da diese Frage aufgrund ihrer Wertungsabhängigkeit vorliegend nicht beantwortet werden kann (und soll) und von beiden Seiten durchaus legitime Argumente vorgebracht werden, wird der nachfolgenden Untersuchung ein Kompromiss zugrunde gelegt:
- 455 Wird in einem Strafverfahren auf ein Verfahrensrecht verzichtet, bedeutet dies nach allgemeiner Ansicht wohl die erhöhte Gefahr einer falschen, jedoch nicht zwingend eine falsche Entscheidung.¹¹²¹ Da der Selbstbestimmung des Einzelnen heute (insbesondere im schweizerischen Recht) ein hoher Wert zugesprochen wird, ist diese prinzipiell auch im Strafverfahren zu garantieren. Dem grundsätzlich positiven und freiheitlichen Menschenbild folgend, sollen Verfahrensprinzipien zusammengefasst jedenfalls dann dem Einzelnen zur Disposition stehen, wenn die Prinzipien nicht Grundpfeiler des Rechtsstaates darstellen und wenn der Verzicht auf diese nicht in die fundamentale Menschenwürde des Einzelnen eingreift.¹¹²² Da weitgehend Einigkeit darüber herrscht, dass das öffentliche Interesse an der Geltung eines Verfahrensprinzips einen Verzicht durch den Beschuldigten zumindest einschränken muss, soll letztlich nur verzichtbar sein, was allein in der Disposition des Einzelnen steht.¹¹²³ Insgesamt muss damit eingeräumt werden, dass die Bandbreite an verzichtbaren Verfahrensprinzipien nach der vorliegend vertretenen Ansicht eine ausgesprochen schmale ist. Überdies sind an den konkreten Verzicht hohe Anforderungen zu stellen.¹¹²⁴

2.4.3 Verzichtbare und unverzichtbare Prinzipien

- 456 Problemlos verzichtbar sind die Mündlichkeit des Verfahrens und die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.¹¹²⁵ Da es sich dabei lediglich um besonders taugliche Mittel zur Erreichung des gerechten und richtigen Urteils handelt, welche bei den einfachen Fällen mit klarer Beweislage für die Überzeugungsbildung nicht unbedingt notwendig sind, können diese Prinzipien in die Disposition des Beschuldigten gestellt werden. Bei der Öffentlichkeit, welche sich zwar ebenfalls als durchaus relativierbares Prinzip erwiesen hat, gestaltet sich die Lage

¹¹²¹ MALACRIDA, S. 125.

¹¹²² Dazu auch KOLZ, S. 58.

¹¹²³ So im Ergebnis auch MÜLLER, S. 135 f. m.w.H.

¹¹²⁴ Darin ist sich die Lehre wiederum einig, statt vieler MALACRIDA, S. 1.

¹¹²⁵ So auch MÜLLER, S. 136; ZIPF, C 79, sieht für Beweiserleichterungen bei leichteren Taten keine Notwendigkeit für eine Zustimmung und zieht damit wohl dem Verzicht hier die Rechtfertigung durch Abwägung vor.

aber anders. Die Öffentlichkeit dient in erster Linie der Kontrolle der Rechtsprechung. Diese dient zwar auch dem Beschuldigten, aber eben nicht nur. Die Allgemeinheit hat ein zumindest abstraktes Interesse an einem korrekten Ablauf und einem richtigen Ergebnis eines Strafverfahrens. Das konkrete Interesse mag im Bereich des Strafbefehlsverfahrens nicht sonderlich gross sein, die abstrakte Möglichkeit der Kontrolle darf durch einen einseitigen Verzicht des Beschuldigten jedoch nicht ausgeschlossen werden. Sowohl Verhandlungs- als auch Urteilsöffentlichkeit sind demnach nicht disponibel.¹¹²⁶ Verzichtbar ist (in der Schweiz) die Beurteilung einer Strafsache durch ein unabhängiges Gericht im organisatorischen (nicht aber im funktionellen) Sinne.¹¹²⁷ Während der funktionell unabhängige Richter eine unverzichtbare Grundlage des schweizerischen Rechtsstaates darstellt, ist die Rechtsprechung nicht den Gerichten im organisatorischen Sinne vorbehalten. Demzufolge wird dieses Erfordernis auch nicht als unabdingbare Stütze des Rechtsstaates verstanden. Die Unparteilichkeit der Rechtsprechung ist hingegen wiederum unverzichtbar.¹¹²⁸ Ebenfalls unverzichtbar ist der Anklagegrundsatz als machtbeschränkendes Instrument und als Mittel zur GehörsGewährung durch Information. Ferner wäre wohl auch das rechtliche Gehör verzichtbar, soweit es nur das Verteidigungsrecht des Beschuldigten darstellt. Da aber nicht klar ist, ob das mangelnde rechtliche Gehör überhaupt ein *strukturelles* Defizit darstellt und da es nicht nur Verteidigungs-, sondern immer auch Aufklärungs- und Kommunikationsfunktion hat, vermag die bisweilen vertretene Ansicht von der Disponibilität des rechtlichen Gehörs nicht zu überzeugen.¹¹²⁹ Zu betonen ist jedoch, dass die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs im konkreten Fall dem Beschuldigten überlassen ist.¹¹³⁰

Weit bedeutender als die Einteilung in verzichtbar und unverzichtbar ist jedoch die Frage nach den eigentlichen Optionen des Beschuldigten und dem Risiko des konkreten Verzichts, insgesamt also nach der effektiven Wahlfreiheit und der Freiwilligkeit, ohne welche ein Verzicht gar nicht möglich ist.¹¹³¹ 457

2.4.4 Wahlfreiheit beim Verzicht im Strafbefehlsverfahren

Das eigentliche Problem des Verzichtskonzepts im Strafbefehlsverfahren liegt bei der Wahlfreiheit. Dies zeigt sich beispielhaft beim Anspruch auf rechtliches 458

¹¹²⁶ Ebenfalls für die Unverzichtbarkeit ZIMMERLIN, N 625; a.A. Müller, 136 f.; FREISIPONEN, S. 159; scheinbar auch Botschaft E StPO, S. 1152; zum diesbezüglichen Streit HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 194 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 153.

¹¹²⁷ Dazu ausführlich und im Ergebnis ebenfalls zustimmend ZIMMERLIN, N 576.

¹¹²⁸ ZIMMERLIN, N 624, hält den Verzicht hier immerhin für schwierig.

¹¹²⁹ So wohl MÜLLER, S. 282.

¹¹³⁰ DAHS, S. 46.

¹¹³¹ STURM, S. 184, zur Fiktion bei fehlender Wahlfreiheit.

Gehör in beiden Ländern und bei der Unmittelbarkeit der Beweisabnahme nach deutschem Recht.

- 459 Die Argumentation, der Beschuldigte erhalte durch die Einsprache im nachfolgenden Verfahren rechtliches (gar richterliches Gehör), kann schon damit entkräftet werden, dass ihm dieses die notwendigen Verteidigungsrechte, die auch zu einer Einstellung im Vorverfahren oder auch nur zur Richtigstellung eines Sachverhaltsteils führen könnten, nicht mehr gewährt.¹¹³² Die Einsprache bringt zwar rechtliches Gehör vor Gericht. Dieses ersetzt aber nicht das rechtliche Gehör im Vorverfahren (bzw. vor Strafbefehlserlass), da es zwar denselben Zweck hat, nicht aber dieselbe Wirkung.¹¹³³ Die Wahlfreiheit besteht bei einem Verzicht auf rechtliches Gehör im Strafbefehlsverfahren also grundsätzlich nicht, da im Verfahren nach Einsprache nicht mehr alle Verteidigungsmöglichkeiten offen stehen.¹¹³⁴ Will sich der Beschuldigte tatsächlich äussern, manövriert er sich – möglicherweise völlig unnötig – in ein ordentliches Verfahren. Dies führt umgekehrt erneut zu einer Drucksituation, die dem Beschuldigten die Äusserung faktisch verunmöglicht. Selbst wenn das rechtliche Gehör als strukturelles Defizit des Strafbefehlsverfahrens betrachtet *würde* und selbst wenn es als grundsätzlich verzichtbar qualifiziert *würde*, so ist es doch jedenfalls im Strafbefehlsverfahren mangels Wahlfreiheit nicht verzichtbar und muss somit vor Erlass des Strafbefehls gewährt werden.
- 460 Der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens wird nach deutschem Recht aufgrund der Anwendbarkeit des § 420 dStPO auf das Verfahren nach Einspruch nicht nachgekommen. Somit wird die diesbezügliche Wahlfreiheit verunmöglicht und ein gültiger Verzicht auch hier illusorisch.¹¹³⁵ Allerdings ist zu bedenken, dass es für die Anwendbarkeit des beschleunigten Verfahrens nach §§ 417 ff. dStPO keiner Zustimmung des Beschuldigten bedarf, sich dieser also auch unabhängig vom Strafbefehlsverfahren, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, mit einer beschränkt unmittelbaren Hauptverhandlung begnügen muss. Dennoch, das Konzept des Verzichts erhält seine Berechtigung aus dem impliziten Versprechen, dass eine ordentliche Hauptverhandlung angestrebt werden könne. Somit ist die Wahlfreiheit hier jedenfalls als eingeschränkt anzusehen.

¹¹³² Zu diesem Problem, insbesondere zur verwirkten Möglichkeit der Opportunitätseinstellung, WAGNER, S. 549; MEYER-GOSSNER, § 407 N 24; FEZER, ZStW 1994, S. 19; LÄMMLI, S. 98 Fn. 53, S. 116.

¹¹³³ WAGNER, S. 549.

¹¹³⁴ ALTORFER, S. 3.

¹¹³⁵ Zwar ist die Unmittelbarkeit für ein rechtsstaatliches Verfahren nicht zwingend, jedoch müsste der Wegfall des förmlichen Beweisverfahrens für alle amtrichterlichen Verfahren gelten (so auch BÖTTCHER, S. 307), damit die Wahlfreiheit im Verzicht gewahrt würde.

In diesen Bereichen hat der Beschuldigte nach Erhalt des Strafbefehls also *gar* 461 keine Wahlmöglichkeiten. Davon zu unterscheiden sind die Gesichtspunkte, nach welchen der Beschuldigte zwar die Wahl hat, die Alternative aber mit einem so grossen Risiko verbunden ist, dass nicht mehr von einer freiwilligen Entscheidung gesprochen werden kann.

2.4.5 *Freiwilligkeit und Form des konkreten Verzichts*

Da sich bisher in erster Linie der EGMR mit der Problematik des Verzichts auseinandergesetzt hat, orientiert sich die Lehre¹¹³⁶ vorwiegend an dem dabei entwickelten Modell und verlangt im Wesentlichen die Fairness und Freiwilligkeit beim Verzicht, die Ausdrücklichkeit der Verzichtserklärung, die Verhältnismässigkeit zur Schwere der Tat und der Strafe¹¹³⁷ und die Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse¹¹³⁸. Für vorliegende Frage relevant sind die beiden erstgenannten Voraussetzungen. 462

a) Fairness und Freiwilligkeit

Das Fairnessgebot erweist sich als Hindernis eines gültigen Verzichts. Einerseits 463 besteht ein enormes Machtgefälle zwischen Staat und Beschuldigtem und bei letzterem oftmals ein Informationsdefizit. Dazu kommen schwer überwindbare Kommunikationsschwierigkeiten.¹¹³⁹ Für die Gültigkeit eines Verzichts erforderlich sind die Urteilsfähigkeit des Verzichtenden und das Nichtvorliegen von

¹¹³⁶ DONATSCH, ZStrR 1994, S. 327 ff.; GAEDE, S. 742 ff.; ZIMMERLIN, N 105 ff.

¹¹³⁷ DONATSCH, ZStrR 1994, S. 334; ZIMMERLIN, N 192 f.; steht die Möglichkeit einer schweren Strafe in Aussicht, darf der Verzicht nicht mehr zulässig sein, da der Beschuldigten vor einem allenfalls ungerechtfertigten Eingriff und damit vor der eigenen Verzichtentscheidung dann umso mehr geschützt werden muss, je schwerer dieser ist. Dass die Grenze des zulässigen Anwendungsbereichs nicht so einfach bestimmt werden kann, wurde bereits ausführlich dargelegt, siehe vorne N 362; WESSLAU, S. 261, vertritt die Meinung, die Schwere des Eingriffs könne nicht ausschlaggebend sein und es hänge alleine davon ab, ob die Fairness im Verfahren als Ganzes gewährt worden sei.

¹¹³⁸ Die Allgemeinheit kann neben dem Interesse an einem funktionierenden Rechtsstaat, welches bereits grundsätzlich zur Eindämmung des Verzichts führt, auch ein konkretes «egoistisches» Interesse an einem Verfahrensprinzip haben. Namentlich kann die Allgemeinheit ein Interesse an der Verurteilung des wahren Täters bzw. der Nichtverurteilung Unschuldiger haben, andererseits aber auch an der Zugänglichkeit von Information, namentlich an einem öffentlichen Verfahren. Abgewogen werden muss dabei im Einzelfall, ob eine Kollision von öffentlichen und individuellen Interessen besteht und ob allenfalls ein überwiegendes öffentliches Interesse im konkreten Fall einen Verzicht verunmöglichen soll; zum Ganzen MALACRIDA, S. 72; ZIMMERLIN, N 173 ff.; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 194 ff.

¹¹³⁹ Zur Kommunikation und Partizipation WESSLAU, S. 14 f.

Willensmängeln, wie Täuschung, Irrtum oder Drohung.¹¹⁴⁰ Auch ohne eine solche ist die Annahme der Freiwilligkeit des Beschuldigten, welcher in seiner Situation der Macht des Staates ausgesetzt ist, heikel.¹¹⁴¹

- 464 Das Verbot der *reformatio in peius* folgt aus dem Willkürverbot und bedeutet, dass eine Entscheidung, die aufgrund eines Rechtsmittels ergeht, welches nur vom Verurteilten eingelegt wurde, diesen nicht schlechter stellen darf, als er es durch das ursprüngliche Urteil bereits war.¹¹⁴² Da weder die Einsprache im Strafbefehlsverfahren einem Rechtsmittel noch der Strafbefehl zu diesem Zeitpunkt einem Urteil entspricht, ist dieses Schlechterstellungsverbot nicht direkt anwendbar.¹¹⁴³ Dennoch, das Verbot gründet auf dem Gedanken, dass der Beschuldigte nicht indirekt von der Ausübung seiner Rechte abgeschreckt werden soll. Genau dies ist aber die Folge des fehlenden Verbots im Strafbefehlsverfahren.¹¹⁴⁴ Heikel wird es insbesondere dann, wenn es allgemeine und bekannte Praxis ist, dass Gerichte bei demselben Sachverhalt in einer Hauptverhandlung höhere Strafen aussprechen als im Strafbefehlsverfahren.¹¹⁴⁵ Auch lässt sich, ohne dass man sich den Verstrickungen der Willenstheorien hingeben müsste,¹¹⁴⁶ festhalten, dass es für die Freiwilligkeit eines Verzichts im Strafbefehlsverfahren zwingend der Unterlassung von Überzeugungsarbeit irgendwelcher Art von Seiten des Staates bedarf, auch wenn diese die Intensität einer Drohung oder Täuschung noch nicht erfüllt. Hat der Beschuldigte nicht die absolute Gewissheit über die Folgen seiner Entscheidung, liegt allein deswegen jedoch noch kein Irrtum vor, es reicht bereits, wenn er die Risiken kennt.¹¹⁴⁷ Dennoch ist die Freiwilligkeit ohne genügende Belehrung seitens der Behörden zu verneinen.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁰ Dazu und zur Anwendbarkeit der Zivilrechtsdogmatik MALACRIDA, S. 29 ff.; allgemein KOLZ, S. 109; zum Fall des belgischen Metzgers *de Weer* (c. Belgien, B 6903/75), in welchem vom EGMR eine Drohung bejaht und daher die Freiwilligkeit des Verichts verneint wurde TRECHSEL, ZStrR 1979, S. 378 f.

¹¹⁴¹ Es ist ohnehin umstritten, ob die Freiwilligkeit bei einem Grundrechtsverzicht überhaupt möglich ist, MALACRIDA, S. 22 m.w.H.; kritisch auch DENCKER, StV 1994, S. 503; a.A. aber offenbar DONATSCH, ZStrR 1994, S. 324.

¹¹⁴² Zur inneren Berechtigung des Verbots, FLAD, S. 101 ff., welcher die Wurzel des Schlechterstellungsverbot im Rechtsstaatlichkeitsprinzip sieht (S. 106).

¹¹⁴³ Im Übrigen handelt es sich bei dem Verbot gemäss Rechtsprechung weder um ein prozessuales Grundprinzip noch um ein ausdrückliches Verfassungsrecht. Es wird lediglich für bestimmte Verfahren in der Strafprozessordnung ausdrücklich gewährt. Es sei daher eher «eine vom Gesetzgeber gewährte Rechtswohltat» (BGHSt 9, 324, 332; FLAD, S. 101, im Titel), auf welche keinerlei Anspruch besteht.

¹¹⁴⁴ MÜLLER, S. 95, zur entsprechenden Praxis.

¹¹⁴⁵ DENCKER, StV 1994, S. 503.

¹¹⁴⁶ Ein Ansatz dazu findet sich bei MALACRIDA, S. 23 ff.

¹¹⁴⁷ MALACRIDA, S. 32.

¹¹⁴⁸ KOLZ, S. 120; MALACRIDA, S. 45 ff.; vgl. zu den Willensmängeln RÖNNAU, S. 201.

Einen weiteren, im Schrifttum erstaunlicherweise nur sehr vereinzelt aufgegriffenen Einwand gestattet die Funktion des entscheidenden Richters im deutschen Verfahren nach Einspruch. Während in der Schweiz das Verfahren nach Einsprache durch einen Richter geführt wird, welcher die Akte überhaupt erst mit der Einsprache überwiesen erhält, wird die Sache in Deutschland in der Regel von demselben Richter beurteilt, welcher bereits den Strafbefehl erlassen hat.¹¹⁴⁹ Einzig Geis hat sich intensiver mit dieser Doppelfunktion im Strafbefehlsverfahren auseinandergesetzt.¹¹⁵⁰ Auch wenn er die Problematik nicht direkt mit der Freiwilligkeit des Verzichts in Verbindung bringt, sondern die Unmöglichkeit einer Überzeugungsbildung durch den Strafbefehlsrichter herzuleiten versucht, zeigt sein Hinweis auf die psychologische Situation eines Richters, welcher seine eigene, vermeintlich endgültige Entscheidung zu korrigieren hat, sehr deutlich, in welcher Lage sich der Angeklagte bei der Entscheidung für oder gegen einen Einspruch befindet.¹¹⁵¹

Im Strafbefehlsverfahren liegt das Hauptproblem der Fairness und Freiwilligkeit des Verzichts beim Informationsdefizit seitens des Beschuldigten.¹¹⁵² Das System des Strafbefehlsverfahrens beruht auf der Fiktion einer Handlungskompetenz des Betroffenen, deren Vorliegen mangels Kommunikation nicht überprüft werden kann.¹¹⁵³

b) Form

Verbindlichkeit erhält ein Verzicht durch empfangsbedürftige und grundsätzlich formlose Willenserklärung, die auch stillschweigend erfolgen kann.¹¹⁵⁴ Ist das Verzichtskonzept schon durch die eingeschränkte Wahlfreiheit und die zweifelhafte Freiwilligkeit ins Wanken geraten, so bringt es das Erfordernis der Form endgültig zum Einsturz. Nach der heutigen Ausgestaltung des Verfahrens in den drei untersuchten Strafprozessordnungen gibt es keine Sicherheit dafür, dass ein Verzicht im Sinne einer Willenserklärung wirklich vorliegt. Wird der Strafbefehl dem geständigen Beschuldigten vom zürcherischen Staatsanwalt direkt überge-

¹¹⁴⁹ L/R-GÖSSEL, § 411 N 20.

¹¹⁵⁰ GEIS, S. 47 ff.

¹¹⁵¹ GEIS, S. 53 m.w.H.; zur Verletzung der Unabhängigkeitsgarantie in einer solchen Konstellation nach schweizerischem Recht und damit zur Unvereinbarkeit der Funktionen von Strafrichter und Strafbefehlsrichter siehe KIENER, S. 155, zu den Kriterien der Vorbefassung, S. 143 ff.

¹¹⁵² MÜLLER, S. 284; DENCKER, in: Dencker/Hamm, S. 87, allerdings in Bezug auf die Absprache; WESSLAU, S. 259 ff.

¹¹⁵³ SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 531, der darin die «Verletzung des für den rechtsstaatlichen Strafprozess grundlegenden Fürsorgeprinzips» sieht und für strengere Massstäbe für die Zustimmung des Betroffenen zu einem Strafbefehl plädiert (S. 532 f.); so auch DONATSCH, SJZ 2004, S. 327 mit Verweis auf Art. 27 ZGB.

¹¹⁵⁴ Zum Ganzen ausführlich ZIMMERLIN, N 326 ff.

ben, erläutert und allenfalls übersetzt, wobei dieser auch gleich über die Einspruchsmöglichkeit belehrt wird, so kann wohl angenommen werden, dass sich der Beschuldigte innert Einspruchsfrist wehren würde, wenn er mit dem Strafbefehl nicht einverstanden ist. In allen anderen Fällen jedoch, in denen der Beschuldigte, womöglich fremdsprachig und eventuell erstmalig in ein Strafverfahren involviert, nach einer ersten polizeilichen Befragung nicht mehr weiter vernommen und informiert wird, kann ein Untätigbleiben des Beschuldigten kaum als verbindlicher Verzicht durch empfangsbedürftige Willenserklärung angesehen werden. Eine solche Fiktion ginge zu weit. Eine Regelung, nach welcher der Beschuldigte den Strafbefehl durch aktive Erklärung annehmen muss, damit dieser rechtskräftig wird, würde die Voraussetzungen der notwendigen Form eines Verzichts auf ein ordentliches Verfahren hingegen erfüllen.¹¹⁵⁵

2.4.6 Fazit

- 468 Der Verzicht mag als strukturelle Verfahrenssicherung einen grundsätzlich geeigneten Mechanismus darstellen. Untersucht man die einzelnen Voraussetzungen im Hinblick auf das Strafbefehlsverfahren aber genauer, so erscheint der Verzicht insgesamt als schwaches Argument.
- 469 Zunächst ist nach der hier vertretenen Ansicht die grundsätzliche Verzichtbarkeit der im Strafbefehlsverfahren verletzten Prinzipien beschränkt. So vermag ein Verzicht grundsätzlich zwar die fehlende Mündlichkeit des Verfahrens und die fehlende strikte Unmittelbarkeit der deutschen Beweisverhandlung zu rechtfertigen. Demgegenüber stehen die fehlende Verfahrensöffentlichkeit, die Parteipflicht sowie die fehlende Urteilsöffentlichkeit im deutschen Recht keineswegs in der Disposition des Beschuldigten. Dasselbe gilt für den im schweizerischen Recht verletzten Anklagegrundsatz und die Unparteilichkeit der entscheidenden Behörde. Ob der Grundsatz des rechtlichen Gehörs grundsätzlich verzichtbar ist, ist umstritten, kann hier aber offen gelassen werden.
- 470 In einem zweiten Schritt schliesst die fehlende effektive Wahlfreiheit, insbesondere im deutschen Recht, den Verzicht in einigen Bereichen aus. So kann nicht von einer Rechtfertigung der fehlenden Unmittelbarkeit im Strafbefehlsverfahren gesprochen werden, wenn eine solche Unmittelbarkeit wegen § 411 Abs. 2 S. 2 dStPO auch im Verfahren nach Einspruch nicht zu erreichen ist. Dasselbe gilt in beiden Ländern für ein nachträglich gewährtes rechtliches Gehör, welches die Verteidigungsmöglichkeiten nicht mehr zu garantieren vermag. Hier zeigt sich die Filterwirkung der Verzichtsschwachstellen. Würde das rechtliche Gehör

¹¹⁵⁵ So gefordert von RIKLIN, plädoyer 4/08, S. 13; zu den heute geltenden Regelungen mit Annahmeerklärung siehe vorne Fn. 1093 im Zusammenhang mit der Gefahr, eine solche Erklärung als Geständnis zu qualifizieren; zur Entwicklung dieser Regelung siehe vorne N 75.

im Sinne eines Verteidigungsmittels im Grundsatz noch als verzichtbar angesehen, so macht die fehlende Wahlfreiheit im Strafbefehlsverfahren den Verzicht auf rechtliches Gehör endgültig unmöglich.

Jene verletzten Prinzipien, welche grundsätzlich verzichtbar sind und bei welchen die Wahlfreiheit effektiv besteht, im Grunde nur noch die Mündlichkeit, bleiben in der Regel in der dritten Filterstufe hängen. In den wenigsten Fällen ist die Konstellation so, dass der Beschuldigte der Behörde im Sinne einer Waffengleichheit auf Augenhöhe gegenübertritt und eine Güterabwägung für sich treffen kann (dies wohl am ehesten noch in Wirtschaftsstraffällen). Dies funktioniert nur dann, wenn der Beschuldigte nicht eingeschüchtert, sondern informiert und belehrt wird. Überdies wird vorausgesetzt, dass der Beschuldigte weiss, dass das Gericht ihn nicht gerade deshalb mit einer höheren Strafe belegen wird, weil er sich als Spielverderber verhält. Aber auch hier wird nach der heutigen Rechtslage in beiden Ländern nur gerade auf die Mündlichkeit gültig verzichtet. Alle anderen Defizite bleiben jedoch auch bei einem freiwilligen Verzicht bestehen bzw. müssen durch andere Sicherungen und Vorteile ausgeglichen werden. 471

3. Zusammenfassung

Die besonderen Vorteile und strukturellen Sicherungen des Strafbefehlsverfahrens vermögen – jeder Punkt für sich und auf seine Weise – die Defizite des Strafbefehlsverfahrens bis zu einem gewissen Grad auszugleichen. Jedoch kann weder in der Effizienz und Verhältnismässigkeit (1.1) noch in der Diskretion und Kostengünstigkeit (1.2) des Verfahrens ein so grosser Vorteil gesehen werden, dass damit das defizitäre Strafbefehlsverfahren gerechtfertigt werden könnte. Der abstrakte Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens ist zudem mit Sicherheit zu weit, zu unbestimmt und zu dynamisch (2.1), als dass die Defizite mit dem «Bagatelldarakter» des Strafbefehlsverfahrens begründet werden könnten. Dass das Verfahren nur auf besonders geeignete, da einfache Fälle angewendet wird, was durchaus eine legitimierende Wirkung haben könnte, kann nach geltendem Recht nicht behauptet werden (2.2.1). Die zumindest theoretische Einschränkung auf die Geeignetheit der Sache im Sinne einer klaren Beweislage ist immerhin ein Schritt in die richtige Richtung (2.2.2). Des Weiteren wurde der effektiv eingelegte Rechtsbehelf der Einsprache für den Ausgleich der Defizite als wertlos angesehen (2.3), da gerade das Nichtergreifen des Rechtsbehelfs bezweckt wird, also nur die Unterlassung der Einsprache als Sicherung berücksichtigt werden kann. Und schliesslich wurde auch dieses letzte Argument der Einspracheunterlassung als Verzicht auf die Verfahrensprinzipien als Ausgleich für die Defizite (2.4) – gleich aus mehreren Gründen – entkräftet. 472

Nachdem die Behebung der (realistischerweise behebbaren) Mängel bereits im 2. Teil mit Nachdruck gefordert wurde und die im 3. Teil dargelegten Vorteile 473

und Sicherungen die strukturellen Defizite nur bis zu einem gewissen Grad zu legitimieren vermögen,¹¹⁵⁶ verbleiben noch immer grundlegende Defizite, welche nach einem anderen Ausgleich bzw. einer Aufwertung des Verfahrens verlangen. Ansatzpunkt bietet hier zum einen die bereits erwähnten Aufwertungsmöglichkeiten der Sicherungen selbst. Dazu zählen klarere Grenzen des Anwendungsbereichs (2.1.5), Verbesserungen bei den Einspracheregelungen und den Regelungen des Verfahrens nach Einsprache (2.4.4), sowie die Einführung einer konkreten Eignungsvoraussetzung (2.2.3).

- 474 Allen voran verbleibt aber die Fehleranfälligkeit des Verfahrens, welche aus zahlreichen kleinen Defiziten hervorgeht und vorstehend immer wieder als Folge mangelnder Kommunikation und Beteiligung wahrgenommen werden konnte. Einer solchen könnte gegebenenfalls durch einen gewissen Grad an (allenfalls) inhaltlichem Konsens begegnet werden, welcher durch die Einspracheunterlassung einerseits aufgrund der Formalität, andererseits aufgrund der Passivität als noch nicht erreicht angesehen wurde. Als Lösung könnte hier die Voraussetzung eines Geständnisses für die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens dienen.

¹¹⁵⁶ So im Übrigen MÜLLER, S. 130 ff.

4. Teil: Geständnis als Voraussetzung

1. Phänomen Geständnis

Das Geständnis gilt heute noch immer als wichtiges Erkenntnismittel für die Sachverhaltsaufklärung.¹¹⁵⁷ Für eine strafrechtliche Verurteilung ist ein solches aber sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland grundsätzlich nicht mehr zwingend. Es gilt die freie Beweiswürdigung und für das Geständnis sind die allgemeinen Regeln des Personalbeweises anwendbar, auch wenn der Beschuldigte selbst nicht als förmliches Beweismittel angesehen wird.¹¹⁵⁸ Dennoch lässt sich auch heute noch eine allgemeine Geständnisfixiertheit beobachten, weshalb an der vollständigen Überwindung der zentralen Bedeutung des Geständnisses im Inquisitionsprozess gezweifelt werden muss.¹¹⁵⁹ Allerdings bedeutet der Grundsatz der freien Beweiswürdigung umgekehrt auch, dass eine Verurteilung allein aufgrund eines Geständnisses möglich ist, wenn der Richter von dessen Glaubhaftigkeit ausgehen kann und aufgrund des Geständnisses bereits von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist.¹¹⁶⁰ So kann die Beliebtheit des Geständnisses auch unter dem Mantel der freien Beweiswürdigung mit der Geeignetheit des Erkenntnismittels erklärt werden. Das Geständnis kann im Übrigen auch unmittelbar den Zwecken der Verteidigung dienen, nämlich dann, wenn der Beschuldigte durch die eigene Darstellung des Sachverhalts Aspekte zu seinen Gunsten einbringen kann.¹¹⁶¹ Ein Geständnis ist auch materiellrechtlich bedeutsam, da es einen Einfluss auf die Strafzumessung haben kann, nämlich dann, wenn es im Sinne des Nachtatverhaltens bzw. der Reue als Element des Verschuldens behandelt wird. Jedoch ist diese Funktion des Geständnisses umstritten und das Gericht ist nicht verpflichtet, ein Geständnis als Strafzumessungsgrund zu berücksichtigen. Auch kann dem Geständnis in der Praxis verfahrenslenkende oder sogar verfahrensbeendende Wirkung zukommen.¹¹⁶² Insgesamt erweist sich das Geständnis somit als eine sämtliche Bereiche des Strafrechts durchwachsende Erscheinung.

¹¹⁵⁷ BENDER/NACK/TREUER, N 1015: «obwohl mit den modernen naturwissenschaftlichen Methoden oftmals sehr viel zuverlässigere Sachbeweise zur Verfügung stehen»; zur Überschätzung des Geständnisses, N 1021.

¹¹⁵⁸ RIESS, FS-Richter, S. 436 f.; ROGALL, S. 32; so ist die Befragung des Angeklagten in der Hauptverhandlung auch nicht Teil der Beweisabnahme JEROUSCHEK, S. 793.

¹¹⁵⁹ In diesem Sinne auch RIESS, FS-Richter, S. 435.

¹¹⁶⁰ BICKEL, S. 19 m.w.H.

¹¹⁶¹ Dazu DENCKER, ZStW 1990, S. 51, 74 f.; BENDER/TREUER/NACK, N 1025.

¹¹⁶² BICKEL, S. 19 m.H. auf die deutsche Rechtsprechung; RIESS, FS-Richter, S. 436, spricht von einem dogmatischen Streit über die Einordnung des Geständnisses als Prozesshandlung oder Beweismittel.

- 476 Die Biegsamkeit hat überdies zur Folge, dass das Geständnis nur in seinem jeweiligen Kontext greifbar wird,¹¹⁶³ in seiner Gesamtheit aber lediglich als facettenreiches Phänomen bezeichnet werden kann. Nicht gerade vereinfacht wird die Geständnisdiskussion durch die nichtrechtlichen Aspekte des Geständnisses, welche von den rechtlichen nur schwer zu trennen sind. Unter kommunikationstheoretischen, moraltheologischen, philosophischen, aussagepsychologischen, soziokulturellen, historischen und kriminologischen Gesichtspunkten war und ist vor allem die Geständnismotivation immer wieder Gegenstand weitreichender Untersuchungen.¹¹⁶⁴ Aber auch die Folgen des Geständnisses übersteigen den rechtlich fassbaren Horizont. Im Bereich der sozialen Interaktion kann ein Geständnis den Geltungsanspruch im sozialen Umfeld mindern, umgekehrt aber auch die Aussöhnung mit dem Opfer und der Gesellschaft erreichen. Vermag es für den einen die Befreiung von einer schweren Last bedeuten, so ist es für den anderen die Preisgabe seiner Integrität. Trotz dieser scheinbaren Untrennbarkeit kann im Folgenden nur auf das Geständnis im strafrechtlichen, in erster Linie strafprozessualen Sinne eingegangen werden. Dabei sollte aber das Wissen um die Vielschichtigkeit, vor allem der Gründe für das Ablegen eines richtigen oder falschen Geständnisses, nicht ausgeblendet werden.

2. Relevanz im Kontext des Strafbefehlsverfahrens

- 477 Neben den allgemeinen negativen und positiven Prozessvoraussetzungen¹¹⁶⁵ sind für den (Antrag auf) Erlass eines Strafbefehls weitere Voraussetzungen von Amtes wegen zwingend zu beachten.¹¹⁶⁶ Beim abgeschlossenen Vorverfahren¹¹⁶⁷ und der Aktenüberzeugung¹¹⁶⁸ handelt es sich um Voraussetzungen, welche grundsätzlich auch im Normalverfahren verlangt werden. Unterschiede bestehen dabei höchstens in qualitativer Hinsicht. Sodann wurde auf besondere Voraussetzungen im Strafbefehlsverfahren hingewiesen, welche im Normalverfahren nicht erfüllt sein müssen. Diese sollen dem Strafbefehlsverfahren als strukturelle Sicherungen dienen und damit die übrigen Abweichungen ausgleichen. Dazu

¹¹⁶³ RIESS, FS-Richter, S. 433, 435: «Das strafprozessuale Geständnis gewinnt Inhalt und Bedeutung vorwiegend [...] in Verbindung mit dem jeweiligen prozessualen Kontext, in dem es steht»; vgl. auch RODE, StraFo 2007, S. 100.

¹¹⁶⁴ An dieser Stelle sei lediglich auf Folgende verwiesen: BUSAM, Das Geständnis im Strafverfahren, 1983 (kriminologisch, kriminalistisch und kriminalpsychologisch); REICHERTZ/SCHNEIDER (Hrsg.), Sozialgeschichte des Geständnisses, 2007 (hermeneutische Wissenssoziologie, Kulturgeschichte und historische Diskursanalyse).

¹¹⁶⁵ Für die *Schweiz* SCHMID, Strafprozessrecht, N 536 ff.; für *Deutschland* ROXIN/SCHÜNEMANN, § 21 N 3 ff.; im Strafbefehlsverfahren, SCHWITTER, S. 143 ff.

¹¹⁶⁶ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 10.

¹¹⁶⁷ Siehe vorne N 160 ff.

¹¹⁶⁸ Siehe vorne N 213 ff.

zählen die abstrakte Beschränkung des Anwendungsbereichs¹¹⁶⁹ und die Voraussetzung des konkret geeigneten Falles¹¹⁷⁰, aber auch die Einpracheunterlassung¹¹⁷¹ und der darin gesehene Verzicht.¹¹⁷² Insgesamt wurden diese Sicherungen als unzureichend erkannt, um die Defizite des Strafbefehlsverfahrens auszugleichen.

Bisher nur gestreift wurde die Voraussetzung eines Geständnisses. Ob es sich dabei um eine besondere Voraussetzung handelt, welche die verbleibenden Defizite des Verfahrens auszugleichen vermag oder ob es in der Gestalt einer zwingenden Voraussetzung vielmehr selbst zu einem Defizit des Strafbefehlsverfahrens wird, ist nachfolgend, insbesondere anhand der geltenden zürcherischen Regelung, zu prüfen. 478

2.1 Gesetzliche Regelungen

2.1.1 zhStPO

Im Kanton **Zürich** wird in § 317 Abs. 1 zhStPO ausdrücklich verlangt, dass der Angeschuldigte den Sachverhalt eingestanden hat.¹¹⁷³ Eine solche Regelung gilt ansonsten in der Schweiz nur in wenigen Kantonen.¹¹⁷⁴ Im Wortlaut der Bestimmung vor der Revision von 1995 war noch verlangt worden, dass sich der Beschuldigte schuldig erklärt.¹¹⁷⁵ Heute wird ein solches «Schuldeingeständnis», also das Anerkennen der Straftatbestände, nicht mehr verlangt. Geändert wurde die Bestimmung mit der Begründung, es sei nicht Aufgabe der Polizei, den 479

¹¹⁶⁹ Siehe vorne N 359 ff.

¹¹⁷⁰ Siehe vorne N 409 ff.

¹¹⁷¹ Siehe vorne N 443.

¹¹⁷² Siehe vorne N 444 ff.

¹¹⁷³ § 317 Abs. 1 zhStPO (Fassung in Kraft seit 1. Januar 2005): «Hat der Angeschuldigte in Fällen bezirksgerichtlicher Zuständigkeit den Sachverhalt eingestanden, [...]»; KÜNG/HAURI/BRUNNER, § 317 N 1; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 14; DERS., Strafprozessrecht, N 910; ALTORFER, S. 53; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 86 N 3.

¹¹⁷⁴ Ähnlich nur noch Art 200a Abs. 1 glStPO: «Anerkennt der Angeschuldigte in der Einvernahme vor dem Verhörer die ihm zur Last gelegten Tatsachen und erklärt er sich schuldig [...]»; § 102 Abs. 1 szStPO: «Hat der Angeschuldigte den Sachverhalt unterschriftlich eingestanden, [...]»; nicht mehr zwingend in Art. 143 Ziff. 1 vsStPO: «Der Untersuchungsrichter kann bei den von ihm untersuchten und beurteilten Straftaten und Vergehen einen Strafbefehl erlassen, wenn der Tatbestand insbesondere durch das Geständnis des Angeschuldigten oder durch die Feststellung eines vereidigten Beamten hinreichend erwiesen ist [...]».

¹¹⁷⁵ So noch ALTORFER, S. 53; zur notwendigen Anerkennung des Kausalzusammenhangs siehe SPENGLER, S. 31.

Sachverhalt rechtlich zu würdigen.¹¹⁷⁶ Als Inhalt des Geständnisses wird von Lehre und Rechtsprechung verlangt, dass der Beschuldigte zunächst den objektiven Tatbestand und damit die Täterschaft bezüglich aller Tatsachen zugegeben hat, die zum objektiven Tatbestand der fraglichen Strafnorm gehören. Zusätzlich muss der Beschuldigte den Tatvorwurf bezüglich der subjektiven Tatbestandsmerkmale vollumfänglich anerkannt haben.¹¹⁷⁷ Auch besondere Deliktsmerkmale müssen Teil des Geständnisses sein. Qualifikationen erfordern ein Anerkennen beispielsweise der Gewerbsmässigkeit, Fahrlässigkeitsdelikte der Verletzung von Sorgfaltspflichten und unechte Unterlassungsdelikte des Bestehens einer Garantienstellung. Kein Geständnis liegt dann vor, wenn der Vorwurf auf ein vollendetes Delikt zielt, der Beschuldigte aber nur den Versuch anerkennt.¹¹⁷⁸ Auch in subjektiver Hinsicht müssen alle Tatbestandsmerkmale anerkannt werden, neben einem Vorsatz auch die allfällige Bereicherungsabsicht. Allerdings ist es üblich, «von der vorbehaltlosen Zugabe der objektiven ohne gegenteilige Äusserungen [...] bzw. entsprechenden Aktenhinweisen auch auf das implizit erfolgte Eingestehen der subjektiven Tatbestandselemente»¹¹⁷⁹ zu schliessen. An einem Geständnis fehlt es, wenn der Beschuldigte fehlende Prozessvoraussetzungen, Prozesshindernisse, materiellrechtliche Strafaufhebungsgründe bzw. Rechtfertigungs- oder Schuldabschlussgründe geltend macht.¹¹⁸⁰ Konkret verlangen die Weisungen, dass sich das Geständnis im Strafbefehlsverfahren auf alle Teile des in Frage stehenden Tatbestandes bezieht, «also beispielsweise bei einer groben Verletzung der Verkehrsregeln auch auf das Element der (abstrakten) Gefährdung und allenfalls der Rücksichtslosigkeit»¹¹⁸¹.

- 480 Das Geständnis ist ausdrücklich zu erklären. Das heisst, es muss in einer polizeilichen oder staatsanwaltlichen Einvernahme protokollarisch festgehalten werden, kann aber unter Umständen auch schriftlich durch den Beschuldigten oder dessen Verteidiger erfolgen.¹¹⁸² Gemäss den Weisungen darf auf die Einvernahme durch den Staatsanwalt (in den grundsätzlich nicht zwingenden Fällen) nur dann verzichtet werden, wenn der Angeschuldigte in der protokollarischen Be-

¹¹⁷⁶ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 14 m.w.H.

¹¹⁷⁷ KÜNG/HAURI/BRUNNER, § 317 N 1 m.H. auf ZR 1998, Nr. 9; ZR 1940, Nr. 124; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 14; DERS., Strafprozessrecht, N 910, «kein eigentliches Geständnis»; ausführlich zum Inhalt der Sachverhaltsanerkennung ALTORFER, S. 53 m.w.H.; RIEDER, S. 242.

¹¹⁷⁸ ALTORFER, S. 53; HAUSER, Anklage, S. 26 f.; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 14.

¹¹⁷⁹ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 15, mit Beispielen; ALTORFER, S. 54, allerdings von einer veralteten Definition des subjektiven Tatbestandes ausgehend.

¹¹⁸⁰ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 16 f., anders aber beispielsweise bei geltend gemachten Strafmilderungsgründen, da diese nur das Strafmass betreffen (N 17).

¹¹⁸¹ WBA Ziff. 48.2.

¹¹⁸² Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 18 f., mit Beispielen.

fragung durch die Polizei «den gesamten vom gesetzlichen Tatbestand umfassten Sachverhalt als zutreffend anerkannt hat».¹¹⁸³

Des Weiteren wird in Lehre und Rechtsprechung für das Strafbefehlsverfahren 481 ein materiell richtiges Geständnis verlangt, ein formelles genügt nicht. Es muss zuverlässig erscheinen, ernsthaft gemeint sein und im Einklang mit der Beweis- und Aktenlage stehen. Der Staatsanwalt hat das Geständnis also auf seine Wahrfähigkeit zu überprüfen.

Liegt ein Geständnis dieser Form und diesen Inhalts vor, und sind die übrigen 482 Voraussetzungen für das Strafbefehlsverfahren erfüllt, so muss der Staatsanwalt einen Strafbefehl erlassen.¹¹⁸⁴ Wie bereits eingehend dargelegt, muss er dabei selbst von der Schuld des Beschuldigten überzeugt sein.¹¹⁸⁵ Ein gewisses Ermessen für den Erlass des Strafbefehls bei Vorliegen eines Geständnisses kommt dem Staatsanwalt also insoweit zu, als dass er zu beurteilen hat, ob ein glaubhaftes Geständnis vorliegt. Dies kann er nur dann bejahen, wenn es mit den übrigen Ermittlungsergebnissen übereinstimmt.

2.1.2 chStPO

Nach der Regelung in der **schweizerischen** Strafprozessordnung gilt ein im Vor- 483 verfahren eingestandener Sachverhalt als Alternative zu einem «anderweitig ausreichend geklärten».¹¹⁸⁶ Der Strafbefehl kann demzufolge auch gegenüber einem ungeständigen Beschuldigten ausgesprochen werden, wenn der Sachverhalt «anderweitig ausreichend geklärt» ist.¹¹⁸⁷ Das Wort «anderweitig» deutet zunächst

¹¹⁸³ WBA Ziff. 48.2.

¹¹⁸⁴ Zum fehlenden Ermessen des zürcherischen Staatsanwaltes im Strafbefehlsverfahren siehe vorne N 272.

¹¹⁸⁵ ALTORFER, S. 54; RIEDER, S. 241 f.; Donatsch/Schmid-SCHMID, § 317 N 20: «Dass die StPO als Voraussetzung allein das Geständnis erwähnt und nach der Revision [...] sogar ein vor der Polizei erfolgtes Eingestehen des Sachverhalts genügt, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass [...] die gleichen Anforderungen an den Nachweis der Schuld [...] gestellt werden.»; in diesem Sinne wohl auch HAUSER/SCHWEI/HARTMANN, § 86 N 2; siehe überdies vorne N 213 ff.

¹¹⁸⁶ Art. 352 Abs. 1 chStPO «Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, [...]»; Botschaft E StPO, S. 1289 f.; DONATSCH, SJZ 2004, S. 327 spricht von einem «umfassenden Geständnis»; SCHMID, Handbuch, N 1354; Goldschmid/Maurer/Sollberger-FALKNER, S. 345 spricht ohne Präzisierung von einem «Geständnis».

¹¹⁸⁷ SCHUBARTH, Strafbefehl, S. 531, sieht darin die heutige Tendenz, die Sachverhaltsaufklärung zu vernachlässigen; PIETH, FS-Trechsel, S. 423: «Die sachliche Voraussetzung des Geständnisses oder aber der *anderweitig ausreichenden Abklärungen* (wohlgemerkt z.T. auch bloss nach einer polizeilichen Einvernahme) dürfte dabei kaum je ein Hindernis darstellen.»

darauf hin, dass mit der Geständnisalternative ebenfalls ein geklärter Sachverhalt gemeint ist und nicht nur ein formelles Geständnis im Sinne eines Konsenses als Äquivalent für einen geklärten Sachverhalt. Die bisherigen Äusserungen in der Lehre lassen jedoch an einem diesbezüglichen Bewusstsein zweifeln. So wird lediglich ausgeführt, Voraussetzung sei das «Vorliegen eines Geständnisses oder ausreichende Abklärung des Sachverhalts».¹¹⁸⁸ Eine solche Definition würde auch die Subsumtion des formellen Geständnisses unter die Bestimmung erlauben. Wenig hilfreich ist (an anderer Stelle) auch das Schweigen über das Vorliegen einer Geständnisvoraussetzung als solcher¹¹⁸⁹ bzw. das Ausweichen über die alleinige Untersuchung der Alternativvoraussetzung.¹¹⁹⁰ In den Materialien zur schweizerischen Strafprozessordnung findet sich zwar kein Hinweis auf den Inhalt und die Form, jedoch auf die Anforderungen an die materielle Richtigkeit dieses Strafbefehlsgeständnisses.¹¹⁹¹ Auch aus dem Begleitbericht zum Vorentwurf ist ersichtlich, von welchem Gedanken die Konzeption der Bestimmung geleitet wurde: «Im Vordergrund steht der Fall, dass die Beschuldigten vor Polizei oder Staatsanwaltschaft in einer protokollarischen Einvernahme den Sachverhalt eingestanden haben und an der Tatschuld nicht zu zweifeln ist. Ein Strafbefehl kann indessen auch ergehen, wenn sich aus den bisherigen Verfahrensakten klar ergibt, dass die Beschuldigten die fragliche Straftat begangen haben, auch wenn kein Geständnis vorliegt.»¹¹⁹² Danach ist ein formelles Geständnis nicht als genügend anzusehen, eine Aufklärung des Sachverhalts wird in jedem Fall verlangt.

- 484 Klar aus den Materialien ersichtlich ist auch, dass mit diesem «gemischtem Modell» eine, bereits in manchen Kantonen bekannte Regelung übernommen wurde.¹¹⁹³ Da der Gesetzgeber mit der schweizerischen Strafprozessordnung nicht in erster Linie Neues erschaffen wollte, sondern ausdrücklich bewährten Verfah-

¹¹⁸⁸ Goldschmid/Maurer/Sollberger-FALKNER, S. 345, lässt «anderweitig» schlicht weg.

¹¹⁸⁹ PIETH, Grundriss, S. 193 ff.

¹¹⁹⁰ SCHMID, Handbuch, N 1354; EICKER, S. 20; auch der Vernehmlassungsbericht zum VE StPO, S. 80, 107, hält (auf die Frage 8.4: Können Sie sich mit den Voraussetzungen des Erlasses eines Strafbefehls [...] einverstanden erklären, [...]?) nur die Kontroverse um die Voraussetzung des «anderweitig ausreichend geklärten Sachverhalts» und einige Abänderungsvorschläge fest (Fn. 754).

¹¹⁹¹ Zwar nicht im Rahmen der Voraussetzungen (Botschaft E StPO, S. 1289) aber bei der Einvernahmeregulierung (Botschaft E StPO, S. 1290): «Hat die Staatsanwaltschaft trotz des Geständnisses Zweifel an der Täterschaft oder der Schuld, kann ein Strafbefehl allerdings nur ergehen, wenn sie diese Zweifel durch weitere Beweisabnahmen ausräumen kann. Konkret bedeutet dies, dass sie z.B. die beschuldigte Person einvernimmt, wenn das vor der Polizei abgelegte Geständnis als widersprüchlich erscheint und keine anderen, die Tatschuld belegende Beweise vorhanden sind.»

¹¹⁹² Begleitbereich VE StPO, S. 246.

¹¹⁹³ Botschaft E StPO, S. 1289.

rensformen gefolgt ist,¹¹⁹⁴ ist davon auszugehen, dass bei der Entstehung der Strafbefehlsregelung auch die Praxis der bereits praktizierten «gemischten Modelle» konsultiert wurde. Somit kann durch eine Prüfung dieser kantonalen Bestimmungen zumindest ansatzweise versucht werden, die Bedeutung des Alternativgeständnisses abzuleiten.

Zunächst ist ein Blick auf das im Kanton Aargau bis 1960 geltende Recht zu werfen. Der damalige § 19 agEGStGB lautete: «[...] wenn ein Geständnis des Beanzeigten vorliegt, oder wenn seine Schuld dem Bezirksamtmann nach den Akten nachgewiesen erscheint [...]». Ein solches Geständnis befreite gemäss damaliger Lehre die Strafbefehlsbehörde tatsächlich von einer weitergehenden Prüfungspflicht. Aufgegeben wurde die Regelung letztendlich auch deshalb, weil man davon überzeugt war, dass der Strafbefehl eigentlich nur bei voller Überzeugung von der Schuld erlassen werden sollte.¹¹⁹⁵ Aus der Streichung der Bestimmung kann wiederum geschlossen werden, dass eine solche Schuldüberzeugung mit dem Wortlaut der alten Regelung nicht vereinbar war. Diese Feststellung liefert einen Hinweis auf die Bedeutung des einzigen Unterschieds zwischen dieser ehemaligen aargauischen und der schweizerischen Bestimmung: den des Wortes «anderweitig». Soll also nach schweizerischem Recht wie im Kanton Zürich ein materiell richtiges Geständnis erforderlich sein, so müsste sich, folgt man der Lehre zur ehemaligen aargauischen Bestimmung, diese Anforderung aus diesem einen Wort «anderweitig» ergeben. Ob dieses Wort absichtlich oder eher zufällig in die Bestimmung geraten ist, lässt sich aber auch mit Hilfe der Materialien nicht eruieren. 485

Auch der sanktgallische Art. 184 Abs. 1 lit. a sgStP verlangt, dass «die wesentlichen Tatsachen vom Angeschuldigten zugestanden oder offensichtlich erwiesen sind». Obschon diese Bestimmung in etwa dem Wortlaut der ehemaligen aargauischen entspricht, wurde und wird sie in einem ganz anderen Sinne verstanden. So wird im Schrifttum bei der Frage nach dem Inhalt des verlangten Geständnisses auf die zürcherische Rechtsprechung verwiesen.¹¹⁹⁶ Dass auch im Kanton St. Gallen ein materiell richtiges Geständnis vorliegen muss, kann demnach aus dem Verweis auf die zürcherische Rechtsprechung geschlossen werden. 486

Somit kann unabhängig vom Wort «anderweitig», lediglich gestützt auf das Prinzip der materiellen Wahrheit, davon ausgegangen werden, dass ein formelles Geständnis allein für den Erlass des Strafbefehls nicht ausreichen kann. Der Sachverhalt muss in jedem Fall vollständig geklärt, der Staatsanwalt von der Schuld des Beschuldigten überzeugt sein. Wozu also diese Formulierung? Der Begriff «anderweitig» bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch etwa so viel wie 487

¹¹⁹⁴ SCHMID, Bewährte Formen, S. 1 ff.; Botschaft E StPO, S. 1086.

¹¹⁹⁵ BOLLIGER, S. 68; PFENNINGER, SJZ 1912, S. 45; SCHWITTER, S. 157; WANKE, S. 32.

¹¹⁹⁶ OBERHOLZER, Strafprozessrecht, N 1388.

«einen anderen Weg suchen». Die Alternativregelung ist damit einzig eine Erklärung dafür, wie eine solche Aufklärung zu erreichen ist: nämlich durch ein Geständnis oder anderweitig. Wenn das Geständnis nun aber lediglich zur selben Aufklärung führen soll, so erscheint fraglich, worin der Gehalt dieser Alternative liegt und wie sich diese Bestimmung von einer reinen Aufklärungsvoraussetzung unterscheidet. Die Formulierung erscheint aber nicht nur unnötig, sie bringt darüber hinaus auch Unklarheiten mit sich, impliziert sie doch auf den ersten Blick, dass dieses Alternativgeständnis alleine zur Aufklärung des Sachverhalts führen soll. Ob dies tatsächlich so verstanden werden darf, lässt sich aus den Materialien nicht entnehmen. Die Lösung dieses Problems hängt damit an der Funktionsbestimmung des Geständnisses. Wird das Geständnis als Aufklärungsgarantie betrachtet, liegt der Gehalt der Bestimmung darin, dass eine echte Alternative der Aufklärungsmittel besteht: entweder ein Geständnis für sich alleine oder eine Auswahl anderer Beweise, die gemeinsam eine Aufklärung ermöglichen. Diese Interpretation enthielte somit eine Beweisregel. Steht man dem Geständnis (aufgrund der zweifellos geltenden freien Beweiswürdigung) aber nur den Wert eines gewöhnlichen Beweismittels oder gar lediglich den eines Indizes zu, ist die Alternativbestimmung nur ein überflüssiger und verwirrender Hinweis darauf, wie Aufklärung durch verschiedene Beweismittel erreicht werden kann. Dass ein formelles Geständnis auch nach schweizerischem Recht nicht ausreichen kann, davon ist nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen auszugehen. Der Frage, ob ein Geständnis nach dem Verständnis der schweizerischen Bestimmung, anders als in der zürcherischen, als besondere Wahrheitsgarantie gelten soll, muss nicht weiter nachgegangen werden. Da dem Geständnis schon seit Mitte des 19. Jahrhunderts die Wahrheitsgarantie abgesprochen wird,¹¹⁹⁷ kann mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass das schweizerische Recht davon keine Ausnahme macht und die Alternativvoraussetzung im Wortlaut somit (wohl) überflüssig ist. Den einzig denkbaren Erklärungsansatz für eine solche Formulierung bietet *Zipf* im Zusammenhang mit einem in den 1980er Jahren in Deutschland diskutierten Verfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung. So schlägt er zur Verbesserung dieses Verfahrensentwurfs eine solche Alternativlösung anstelle einer reinen Geständnisvoraussetzung vor, um einerseits den drohenden Geständnisdruck zu verhindern, andererseits aber durch die verbleibende Geständnisnennung in der Bestimmung den Kooperationsgedanken zu unterstreichen.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁷ BUSAM, N 970; BENDER/NACK/TREUER, N 1017.

¹¹⁹⁸ So ZIPF, C 77 f., zum Alternativentwurf: «Verfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung».

2.1.3 dStPO

Nach **deutschem** Recht kommt dem Geständnis im Strafbefehlsverfahren formell kein besonderer Stellenwert zu. Es wird weder ein Geständnis verlangt, noch reicht ein solches für die Verurteilung aus.¹¹⁹⁹ Trotzdem ist es in der Praxis aber auch – oder gerade – im Strafbefehlsverfahren von Bedeutung, da es in der Regel, wie bereits angesprochen, das Nichterfordernis der Hauptverhandlung impliziert.¹²⁰⁰ Das (substantiierte) Bestreiten im Vorverfahren hat zur Folge, dass die Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung schwieriger anzunehmen ist, da eine Konfrontation in der Hauptverhandlung für die Wahrheitsgewinnung aussichtsreicher ist. Liegt hingegen ein glaubhaftes Geständnis vor, verspricht die Konfrontation in der Hauptverhandlung keine *bessere* Beweiserhebung. Jedoch handelt es sich dabei um eine Ermessensfrage. Ein Geständnis kann eine Hauptverhandlung immer noch notwendig machen und umgekehrt kann auch bei fehlendem Geständnis eine Hauptverhandlung überflüssig sein. Als Voraussetzung des Strafbefehlsverfahrens kann es demnach nicht bezeichnet werden, weshalb eine Prüfung des Geständnisses nach deutschem Recht an dieser Stelle verfehlt wäre.

Allerdings wurde, wie eben schon erwähnt, in einem Alternativentwurf zur deutschen Strafprozessordnung im Jahre 1980 ein Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung vorgeschlagen, welches als kooperatives Verfahren, § 153a dStPO ersetzend, zwischen Normalverfahren und Strafbefehlsverfahren hätte gestellt werden sollen.¹²⁰¹ Eine Besonderheit dieses Verfahrenskonzepts bestand in der Voraussetzung eines Geständnisses «im wesentlichen». Die Diskussion um diese Geständnisvoraussetzung¹²⁰² kann, obschon dieses Verfahren nie geltendes Recht geworden ist, nachfolgend durchaus herangezogen werden.

2.2 Beurteilung der bestehenden Regelungen

Die Anforderungen an das vorausgesetzte Geständnis im **zürcherischen** Strafbefehlsverfahren sind im Grundsatz unumstritten. Der Sachverhalt muss eingestanden sein, wobei auf ein rein formelles Geständnis nicht abgestellt werden darf. Der Wortlaut der zürcherischen Regelung birgt mangels einer gesetzlichen Defi-

¹¹⁹⁹ RIESS, FS-Richter, S. 441: «[...] und es ist auch von der Sache her regelmässig nicht erforderlich»; PETERS, Strafprozess, S. 562: «Ein Strafbefehl ist auch nicht ausgeschlossen, wenn der Beschuldigte die Tat bestreitet.»; so heute auch im Kanton Aargau, SCHWITTER, S. 157, sowie in den meisten anderen Kantonen.

¹²⁰⁰ LOOS, S. 326; RÖNNAU, S. 135; SCHMIDT-HIEBER, N 82; SK-WESSLAU, vor § 407 N 8.

¹²⁰¹ Arbeitskreis AE, S. 6 ff. (zum Ziel des Alternativentwurfs), 9 ff. (Entwurf); ZIPF, als Ganzes, mit Verbesserungsvorschlägen im Hinblick auf den Öffentlichkeitsabschluss; zur Bedeutung des Geständnisses in diesem Verfahren MOOS, S. 160 ff.

¹²⁰² Insbesondere die Diskussionen bei ZIPF, C 77 f. und MOOS, als Ganzes.

nition des Geständnisses aber eine erhebliche Gefahr dafür, dass ein einfaches Abnicken eines Vorhaltes unter Umständen bereits als ausreichend angesehen werden könnte. Da der Wortlaut überdies für ein Geständnis als einzige Voraussetzung spricht, liegt es nahe, die weitergehende und eigentlich erforderliche Aufklärung zu vernachlässigen und dem (Akten-)Geständnis als Beweismittel eine zu grosse Bedeutung zuzumessen. Weiterer Nachteil ist, dass das Geständnis zum Tauschmittel für eine diskrete Verfahrenserledigung werden kann und damit auch informelle Absprachen gefördert werden.

- 491 Vorteil der Regelung ist andererseits, dass die Gefahr des Informationsdefizits auf Seiten des Beschuldigten sinkt, da er sich für ein umfassendes Geständnis im Verlaufe des Verfahrens einmal zur Sache geäußert haben muss. Kommt er einer Aufforderung zur Äusserung hingegen nicht nach, da er den Ernst der Lage oder schlicht die Aufforderung als solche nicht versteht, legt der Beschuldigte auch kein Geständnis ab und ein Strafbefehl kann nicht ergehen. Im Übrigen kann in der Geständnisvoraussetzung auch ein naheliegender Weg zur Minimierung der Einsprachequote gesehen werden. Ferner wurde die Beibehaltung der Geständnisvoraussetzung auch damit verteidigt, dass sie dem Beschuldigten einen Steuerungsmechanismus biete – als Ausgleich für das defizitäre Verfahren.¹²⁰³ Diese Vor- und Nachteile einer Geständnisvoraussetzung sollen nachfolgend eingehender betrachtet werden.
- 492 Nach der Regelung in der **schweizerischen** Strafprozessordnung gilt ein eingestandener als Alternative zu einem «anderweitig ausreichend geklärten» Sachverhalt. Dabei wurde, gestützt auf das Prinzip der materiellen Wahrheit, erkannt, dass auch hier ein formelles Geständnis allein nicht genügen kann. Die Alternativregelung ist also einzig eine Erklärung dafür, wie eine solche Aufklärung zu erreichen ist: nämlich durch ein Geständnis oder anderweitig. Da dem Geständnis aber auch nach dem Verständnis der schweizerischen Bestimmung eine besondere Wahrheitsgarantie abgesprochen werden muss, ist die Geständnisnennung in der Bestimmung des schweizerischen Rechts, da überflüssig, zu streichen. Selbst wenn eine solche Formulierung für die Betonung des Kooperationsgedankens geeignet wäre, wären die Nachteile der unklaren Regelung jedenfalls

¹²⁰³ Siehe dazu die Stellungnahme pro und contra Strafbefehlsgeständnis im zürcherischen Kantonsrat, ProtKommKR, S. 11353, Votum Egg (SP): «Grössere Diskussionen löste in der Kommission die Frage aus, ob im Strafbefehlsverfahren auf das Erfordernis des Geständnisses der Angeschuldigten verzichtet werden soll. [...] Das Geständnis ist die Rechtfertigung dafür, dass der Untersuchungsrichter selber auch gleich das Urteil fällen darf.» und S. 11355, Votum Trachsel (SVP): «Der Strafbefehl als solcher bedeutet ja bereits einen Einbruch in das System der Gewaltenteilung. [...] Die Auffassung der SVP zu diesem Thema ist eben die, dass der Private entscheiden soll – nämlich eben über dieses Geständnis –, ob dieser Einbruch ins System der Gewaltentrennung stattfinden soll oder nicht, und nicht, dass der Staat als solcher via Staatsanwalt diese Entscheidung treffen kann.»

überwiegend. Denn so lange eine Geständnisalternative vorgesehen ist, bleibt die Gefahr der falsch verstandenen Geständnisbedeutung auch hier bestehen.

Nach **deutschem** Recht kommt dem Geständnis im Strafbefehlsverfahren formell kein besonderer Stellenwert zu. In der Praxis ist es aber von Bedeutung, da es in der Regel das Nichterfordernis der Hauptverhandlung impliziert. Auch diese Regelung ist heikel. Erscheint eine Sache als erwiesen, kann ohne vorangehende Kommunikation, über den Kopf des Beschuldigten hinweg, ein Strafbefehl erlassen werden. Zwar muss diesem im Vorverfahren rechtliches Gehör gewährt werden, über die intellektuellen und sprachlichen Fähigkeiten des Beschuldigten besteht aber insbesondere dann keine Kontrolle, wenn einer schriftlichen Einladung zur Vernehmung oder zu einer wiederum schriftlichen Äusserung nicht nachgekommen wird. Umgekehrt schliesst die Regelung ohne Geständnisvoraussetzung die Gefahr, dass ein Strafbefehl alleine auf der Grundlage eines zunächst glaubhaften Aktengeständnisses erlassen wird, nicht etwa aus. 493

Als Vorteil der normativen Irrelevanz des Geständnisses wird aber angeführt, dass man nicht dem Beschuldigten die Entscheidung über die Anwendung eines bestimmten Verfahrens überlassen könne und dass eine Geständnisvoraussetzung immer auch eine Beweisregel, sowie einen Geständnisdruck für den Beschuldigten in sich trage.¹²⁰⁴ 494

Somit sind die vorliegend untersuchten gesetzlichen Formulierungen im Zusammenhang mit der Geständnisfunktion im Strafbefehlsverfahren allesamt ungenügend und daher abzulehnen. 495

2.3 Zwischenfazit

Eine ausdrückliche Relevanz im Kontext des Strafbefehlsverfahrens hat das Geständnis nur im zürcherischen Recht. Im schweizerischen und deutschen Strafbefehlsverfahren hat es keine eigenständige Bedeutung. Obwohl Erforderlichkeit, Inhalt, Form und Qualität des Geständnisses nach zürcherischem Recht als diskussionslos erscheinen, konnte die eigentliche Funktion, welche dem Geständnis als Voraussetzung im Strafbefehlsverfahren zukommen soll, noch nicht klar erfasst werden. 496

Eine Entscheidung für und wider die Berücksichtigung des Geständnisses im Strafbefehlsverfahren erfordert eine Beseitigung der bestehenden Unsicherheiten. Bevor nach einer Geständnisdefinition gesucht wird, ist daher zunächst zu prüfen, ob in den untersuchten Strafprozessordnungen eine Systematik des Geständnisses erkennbar ist. Sodann sind die denkbaren Funktionen des Geständnisses zu ermitteln und dessen Erscheinungsformen im Strafverfahren zu unterscheiden. 497

¹²⁰⁴ ZIPF, C 78.

- 498 Sollte das Geständnis als Voraussetzung geeignet sein, muss sodann bestimmt werden, in welcher Form und in welcher Funktion. Wird in der Geständnisvoraussetzung demgegenüber ein Defizit des Strafbefehlsverfahrens erkannt, ist auf eine solche *ganz* zu verzichten.

3. Geständnis und Gesetzssystematik

- 499 Weder im schweizerischen noch im deutschen Strafgesetzbuch wird das Geständnis ausdrücklich erwähnt. Werden die Bestimmungen zur Strafzumessung¹²⁰⁵ ausgelegt, erhält das Geständnis aber immerhin in Verbindung mit oder als Teil von Reue bzw. Nachtatverhalten grosse, wenn auch mit zunehmender Skepsis betrachtete, weil instrumentalisierte Bedeutung.¹²⁰⁶ Anders verhält es sich im Verfahrensrecht. Sowohl in der zürcherischen und schweizerischen, als auch in der deutschen Strafprozessordnung taucht der Begriff des Geständnisses jeweils mehrfach auf. Die Suche nach einer erkennbaren Systematik bleibt auf den ersten Blick ergebnislos. Dennoch sollen Sinn und Zweck dieser Bestimmungen untersucht werden, könnten sie doch möglicherweise für eine Einordnung des Strafbefehlsgeständnisses hilfreich sein.

3.1 zhStPO

- 500 § 32a zhStPO betrifft das Untersuchungsverfahren: «Ist der Täter geständig und bestätigt er das Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen über den Sachverhalt und die persönlichen Verhältnisse, so kann der Untersuchungsbeamte auf die Wiederholung der Ermittlungen ganz oder teilweise verzichten, wenn diese und das Geständnis des Angeschuldigten zuverlässig scheinen». Das Geständnis ersetzt in diesen Fällen also weitere Ermittlungen durch eine kurze Einvernahme mit der Wiederholung des Geständnisses. Dies dient der Verfahrensbeschleunigung.¹²⁰⁷ Die Bestimmung hat im Grunde aber keine eigene Bedeutung.¹²⁰⁸ Die Staatsanwaltschaft ermittelt ohnehin nur dann weiter, wenn die polizeilichen Ermittlungsakten alleine für eine Verurteilung nicht ausreichen. Andererseits kann sich der Staatsanwalt aber dann nicht mit einem Aktengeständnis begnügen, wenn es sich um schwere Deliktswürfe handelt. Auch entbindet die Bestimmung den Staatsanwalt nicht von der Aufgabe, falsche Geständnisse durch eine sorgfältige Prüfung der Akten zu erkennen.¹²⁰⁹ Weiterführende Erkenntnisse im

¹²⁰⁵ Art. 47 ff. chStGB; § 46 ff. dStGB.

¹²⁰⁶ Statt vieler RIESS, FS-Richter, S. 436.

¹²⁰⁷ Siehe vorne N 79; zu Verfahrensvereinfachungen infolge Geständnis, SCHMID, Strafprozessrecht, N 613.

¹²⁰⁸ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 32a N 1.

¹²⁰⁹ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 32a N 3.

Hinblick auf die Funktion des Geständnisses lassen sich aus dieser Norm jedenfalls nicht ziehen.

Gemäss § 154 zhStPO dürfen weder Versprechen, noch Vorspiegelungen, noch 501
Drohungen oder Zwangsmittel angewendet werden, um den Angeschuldigten zum Geständnis zu bewegen.¹²¹⁰ In diesem Zusammenhang hat das Geständnis keine eigene Funktion. Es werden lediglich die Umstände der Erlangung eines solchen geregelt.

Eine wesentliche Bedeutung hat das Geständnis bei der Begründung der Zuständigkeit 502
von Obergericht oder Geschworenengericht in § 198a zhStPO.¹²¹¹ So wird der Angeklagte dem Geschworenengericht überwiesen, wenn er den eingeklagten Sachverhalt nicht anerkennt. Das Obergericht ist dann zuständig, wenn der Beschuldigte den eingeklagten Sachverhalt anerkennt und sich schuldig erklärt oder wenn die Bestreitung nur solche Teile der Anklage oder des Deliktbetrages betrifft, die an sich die Zuständigkeit des Geschworenengerichts nicht begründen. Die Wahl zwischen Geschworenengericht und Obergericht hat der Beschuldigte des Weiteren dann, wenn er lediglich die rechtliche Würdigung des anerkannten eingeklagten Sachverhaltes bestreitet oder wenn er den eingeklagten Straftatbestand zwar anerkennt, jedoch die Qualifikation des Straftatbestandes bestreitet. Aussagen des Beschuldigten im Vorverfahren sind hier nicht entscheidend, sondern es gilt allein die Erklärung vor der Anklagekammer.¹²¹² Allerdings kann bei fehlender Erklärung durchaus auf die vorangegangenen Äusserungen abgestellt werden.¹²¹³ Da es sich dabei ebenfalls um ein Geständnis als Voraussetzung für eine besondere Zuständigkeit und ein bestimmtes Verfahren handelt, kann die Rechtsprechung zu dieser Bestimmung eventuell Hinweise für das Strafbefehlsgeständnis liefern.¹²¹⁴ Zudem führt das Geständnis auch hier zu einer Verfahrensbeschleunigung.¹²¹⁵ Allerdings ist dabei stets zu beachten, dass es sich bei § 198a zhStPO um eine Zuständigkeitsregelung in einem Verfahren zur Behandlung der schwersten Delikte handelt, während das Strafbefehlsverfahren die Taten im unteren Spektrum des Strafmasses betrifft. Auch die spezielle Bedeutung des unmittelbaren Verfahrens vor Geschworenengericht darf nicht ausser Acht gelassen werden. Schliesslich beinhaltet das in § 198a zhStPO verlangte Geständnis auch die rechtliche Würdigung des Sachverhalts, worin es sich zumindest vom zürcherischen Strafbefehlsgeständnis unterscheidet.

Ebenfalls eine Verfahrensbeschleunigung bewirkt das Geständnis im Hauptverfahren 503
vor Bezirksgericht gemäss § 281 Abs. 1 zhStPO. Danach muss der Staats-

¹²¹⁰ SCHMID, Strafprozessrecht, N 625 ff.

¹²¹¹ Siehe dazu SCHMID, Strafprozessrecht, S. 825a f.

¹²¹² RKG 1997, Nr. 114.

¹²¹³ Donatsch/Schmid-SCHMID, § 198a N 6 ff.

¹²¹⁴ ZR 1998 Nr. 9.

¹²¹⁵ SCHMID, Strafprozessrecht, N 613.

anwalt die Anklage (bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen) dann nicht mündlich vor Gericht vertreten, wenn der Angeklagte geständig ist.¹²¹⁶ Das Fehlen eines Geständnisses führt hier zu einer erhöhten Beachtung der Mündlichkeit. Dies weist umgekehrt auf eine Rechtfertigung der Schriftlichkeit bei einem Geständnis hin.

- 504 Ähnliches gilt für das Gericht selbst in § 160a zhGVG. Danach wird keine vollständige Begründung des Urteils verfasst, wenn der Angeklagte den ihm in der Anklageschrift vorgeworfenen Sachverhalt eingestanden hat und im Sinne der Anklage schuldig gesprochen wird.¹²¹⁷ Jedoch kann innert Frist ein begründetes Urteil verlangt werden. Bleibt der Verurteilte in der Folge untätig, so kommt dies einem Verzicht auf ein begründetes Urteil gleich.¹²¹⁸
- 505 Schliesslich kann ein nachträglich abgelegtes, auch aussergerichtliches Geständnis nach § 443 zhStPO zur Durchbrechung der Rechtskraft durch eine Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten führen. Hier kommt dem Geständnis indirekt ebenfalls eine verfahrensgestaltende Wirkung zu. Die Begründung für die Wiederaufnahme eines solchen Falles ist straftheoretischer Natur. Reagiert wird dabei auf die Verhöhnung der Rechtsordnung durch den Freigesprochenen und auf die Delegitimierung des Urteils.¹²¹⁹ Hier gilt das Geständnis als Durchbrechung der prozessualen Rechtskraft durch materielles Strafbedürfnis. Auch wenn dieses Geständnis weder in Form noch in Funktion Parallelen zum Geständnis als verfahrensvereinfachende Voraussetzung aufweist, dann führt diese Norm doch zumindest vor Augen, dass ein Geständnis das Sanktionsbedürfnis in beide Richtungen verändern kann.¹²²⁰
- 506 § 384 zhStPO regelt die Erziehungsverfügung in Jugendstrafverfahren. Abs. 1 Ziff. 2 sieht vor, dass der Jugendanwalt bei Vorliegen der Voraussetzungen, die Untersuchung gegenüber einem Jugendlichen ab dem vollendeten 15. Altersjahr mit einer Erziehungsverfügung abschliessen kann, wenn dieser den Sachverhalt eingestanden hat.¹²²¹ Diese Geständnisfunktion dürfte derjenigen im Strafbefehlsverfahren gleichkommen. Dafür spricht nicht zuletzt, dass die Strafbefehlsvorschriften auch in diesem Verfahren anwendbar sind (Abs. 6).

¹²¹⁶ SCHMID, Strafprozessrecht, N 831.

¹²¹⁷ SCHMID, Strafprozessrecht, N 576a, zur verfahrensvereinfachenden Wirkung N 613.

¹²¹⁸ Siehe vorne N 240; zur Begründungspflicht SCHMID, Strafprozessrecht, N 214.

¹²¹⁹ Zur gesetzgeberischen Motivation bei DENCKER, ZStW 1990, S. 65 zum «Rechtsbewusstsein im Volke», welches leicht irreführt werden kann, wenn sich ein Verbrecher ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen oder gar rühmen darf; so auch JEROU-SCHEK, S. 803.

¹²²⁰ Siehe dazu DENCKER, ZStW 1990, S. 65.

¹²²¹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 945; Gemäss Abs. 2 der Bestimmung gilt dasselbe für Fälle nach § 367 Abs. 2 zhStPO.

3.2 *chStPO*

Gemäss Art. 160 *chStPO* ist ein Geständnis von Staatsanwaltschaft und Gericht auf seine Glaubhaftigkeit hin zu überprüfen. Der Beschuldigte ist aufzufordern, die näheren Umstände der Tat zu bezeichnen. Dies soll bei einer nachfolgenden Verkürzung des Ermittlungsverfahrens falschen Geständnissen vorbeugen.¹²²² Zudem soll damit die Beweislage auch für den Fall eines Geständniswiderrufs gesichert werden. Gegenstand eines Geständnisses kann nach den Materialien zu dieser Norm nur ein Sachverhalt sein, nicht aber eine rechtliche Qualifikation. Für das Geständnis an sich lässt sich hier lediglich herauslesen, dass diesem die Wahrheitsgarantie richtigerweise aberkannt wird und dass diese Bestimmung durch Sicherung der Erkenntnisse wenigstens indirekt zur Verfahrensverkürzung beiträgt. 507

Art. 358 Abs. 1 *chStPO* regelt die Geständnisvoraussetzung im abgekürzten Verfahren.¹²²³ Danach kann die beschuldigte Person die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen, wenn sie den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht. In der nachfolgenden Hauptverhandlung stellt das Gericht fest, ob der Angeklagte den Sachverhalt anerkennt, welcher der Anklage zu Grunde liegt und ob diese Erklärung mit der Aktenlage übereinstimmt. Somit ersetzt das Geständnis in diesem Verfahren die Beweisaufnahme.¹²²⁴ Der materielle Wahrheitsgehalt von Akten und Geständnis wird im Übrigen nicht überprüft. Das abgekürzte Verfahren erlaubt den Parteien, bei einer Einigung über Schuldpunkt, Strafe und Zivilansprüche gewisse Stadien (insbesondere) des Vorverfahrens auszulassen. Das Geständnis führt also auch hier zu einer Verkürzung des Verfahrens. 508

3.3 *dStPO*

§ 254 *StPO* gestattet unter bestimmten Voraussetzungen die Beweisaufnahme über ein Geständnis durch Verlesung richterlicher Protokolle. Diese Norm dient der Wahrheitsgewinnung und bezieht sich nicht auf das eigentliche Schuldgeständnis, sondern auf jede Äusserung über beweiserhebliche Tatsachen.¹²²⁵ Untersuchungen über das Geständnis in diesem rein prozessualen Sinne können zumindest Aufschluss über die Beweisbedeutung verfahrensrelevanter Äusserungen des Beschuldigten liefern. 509

¹²²² Dazu SCHMID, Handbuch, N 870; Botschaft E *StPO*, S. 1195.

¹²²³ Zu den übrigen Voraussetzungen siehe vorne N 84.

¹²²⁴ Botschaft E *StPO*, S. 1294.

¹²²⁵ DENCKER, ZStW 1990, S. 62; zustimmend auch RODE, S. 100, der diesem Geständnis die schuld- oder strafzumessungsrelevante Bedeutung abspricht.

- 510 Zum Geständnis als Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Beschuldigten in § 362 dStPO kann auf das zum entsprechenden zürcherischen Verfahren Dargelegte verwiesen werden.¹²²⁶ Da diese Geständnisbedeutung für das Strafbefehlsverfahren keine Klärung bringt, ist darauf an dieser Stelle nicht weiter einzugehen.
- 511 Beim Geständnis als Voraussetzung für das Abspracheverfahren in § 257c dStPO¹²²⁷ muss das Gericht von dessen materieller Richtigkeit überzeugt sein, um seiner Aufklärungspflicht zu genügen, denn § 244 Abs. 2 dStPO bleibt im Rahmen der Absprache unberührt (§ 257c Abs. 1). Von einem solchen Geständnis kann das Gericht nur dann ausgehen, wenn dieses so umfassend ist, dass es nicht zu einer weiteren Sachaufklärung zwingt. Für den Fall, dass keine Verständigung erreicht werden kann, konstituiert § 257c Abs. 4 dStPO für das Geständnis ein ausdrückliches Verwertungsverbot. Es gilt hier als Beitrag des Beschuldigten zur Verfahrensverkürzung, für welchen er mit einer milderen Strafe belohnt wird.
- 512 Ausserhalb der Strafprozessordnung ist zudem auf die §§ 45 und 47 JGG hinzuweisen, wobei hier das Geständnis für die Anwendung einer bestimmten Verfahrensart (Einstellung) im Jugendstrafverfahren vorausgesetzt wird. Dieses (ebenefalls verfahrensvereinfachende) Geständnis kommt im deutschen Recht wohl einem allfälligen Strafbefehlsgeständnis am nächsten.¹²²⁸

3.4 Fazit

- 513 Mit Ausnahme des Geständnisses als Wiederaufnahmegrund und der verbotenen Methoden zur Erlangung eines Geständnisses wurde bei der Untersuchung der Gesetzesbestimmungen wider Erwarten eine gewisse Systematik festgestellt. So scheint ein Geständnis immer dann relevant zu sein, wenn es um Verfahrensvereinfachungen geht. So ist bei Vorliegen eines Geständnisses die Mündlichkeit der Anklagevertretung erlässlich, die Begründungspflicht des Gerichts wird eingeschränkt bzw. verzichtbar und – wenn auch als Norm wenig wirksam, dann doch in der Idee äusserst aussagekräftig – der zürcherische Staatsanwalt darf auf weitere Ermittlungen verzichten. Auch die Anwendbarkeit des aufwendigen un-mittelbaren Verfahrens vor Geschworenengericht steht und fällt mit einem Geständnis.¹²²⁹ Weiter verlangen auch das schweizerische abgekürzte Verfahren und das deutsche Abspracheverfahren, als eigentliche Sinnbilder der Verfahrens-

¹²²⁶ Siehe vorne N 504; DENCKER, ZStW 1990, S. 62 ff.; JEROUSCHEK, S. 803.

¹²²⁷ Zum Abspracheverfahren siehe vorne N 88.

¹²²⁸ Dazu DENCKER, ZStW 1990, S. 54, 63 f.

¹²²⁹ Im Hinblick auf das Vorverfahren, die Begründungspflicht und das geschworenengerichtliche Verfahren auch ARZT, ZStrR 1992, S. 240, der allerdings umgekehrt den Mehraufwand bei leugnenden und schweigenden Verdächtigen betont.

beschleunigung, ein Geständnis. Da auch das Strafbefehlsverfahren eine Beschleunigung bezweckt, lässt sich das zürcherische Strafbefehlsgeständnis in diese Aufzählung mühelos einreihen.

Die Erkenntnis, dass das Geständnis in der Systematik des Strafverfahrens immer dort auftaucht, wo eine Verfahrensverkürzung begründet wird, lässt allerdings noch keinen Schluss auf die Funktion des Geständnisses zu. Auch ist das Verhältnis von Ursache und Wirkung nicht klar. Denkbar ist einerseits, dass das Geständnis für eine Vereinfachung des Verfahrens wegen seines besonderen Beweiswerts gebraucht wird. Oder aber es gilt durch seine konsensuale Wirkung als Legitimation von Verfahrensdefiziten. Umgekehrt kann aber auch die Ursache für die Verfahrensvereinfachung in der rein praktischen Erkenntnis liegen, dass bei Vorliegen eines Geständnisses die aufwendige Form des Verfahrens nicht benötigt wird: Weil sich beispielsweise die Anträge von Anklage und Verteidigung decken und eine mündliche Anklagevertretung deshalb entbehrlich ist, weil eine nachgelieferte Begründung bei gleichen Anträgen überflüssig ist, weil eine unmittelbare Beweiserhebung in einem Verfahren mit Geschworenen bei einem umfassenden Geständnis geradezu paradox wäre, und da die Wiederholung von Einvernahmen durch den Staatsanwalt bei einem vollumfänglich Geständigen eine Doppelspurigkeit darstellen würde. Weiter ist in Erinnerung zu rufen, dass das Absprachegeständnis, das Strafbefehlsgeständnis sowie das Geständnis in § 198a zhStPO in ihrer Form und Erscheinung alles andere als übereinstimmend sind. 514

4. Definitionsversuche

Die fehlende Zuordenbarkeit des Geständnisses macht auch dessen begriffliche Fassbarkeit schwierig. Gemeinhin handelt es sich beim Geständnis um ein Einräumen beliebiger Tatsachen und/oder der Schuld, die den Aussagenden selbst betreffen und ihn zumindest in seiner Vorstellung gegen Aussen negativ darstellen.¹²³⁰ Bei der rechtlichen Definition des Geständnisses muss aber zunächst nach dem wissenschaftlichen oder sprachlichen Kontext unterschieden werden, in welchem es erwähnt wird.¹²³¹ Innerhalb der juristischen Terminologie muss zwischen dem zivilrechtlichen und dem strafrechtlichen Geständnisbegriff unterschieden werden.¹²³² Während der strafrechtliche vom allgemeingebräuchlichen Geständnisbegriff möglicherweise gar nicht weit entfernt ist,¹²³³ ist das zivilpro-

¹²³⁰ Ähnlich auch HUBER, S. 117; PFENNINGER, SJZ 1912, S. 44.

¹²³¹ LOHSING, S. 5.

¹²³² Zur Unterscheidung zwischen zivil- und strafrechtlichem Geständnis abschliessend bei SCHAUBERG und GIESKER, jeweils als Ganzes.

¹²³³ RIESS, FS-Richter, S. 434.

zessuale Geständnis ein klar geregeltes Instrument des Beweisrechts, das mit dem Produkt zwischenmenschlicher Kommunikation wenig zu tun hat.

- 516 Die Diskussion um den strafrechtlichen (rein beweisrechtlichen) Geständnisbegriff lässt sich anschaulich in älteren Auseinandersetzungen verfolgen.¹²³⁴ In der deutschen Rechtssprache des 19. Jahrhunderts waren die Definitionen so unterschiedlich und gleichzeitig jeweils so eng formuliert, dass sich die Theorien gegenseitig aus den Angeln hoben. Es gab keine Einigkeit in der Frage, ob ein Geständnis nun ein «Einräumen» darstellte und damit ein *antecedens* in Form einer Behauptung oder des Vorwurfs einer strafbaren Handlung voraussetzte,¹²³⁵ oder ob diesem vielmehr eine Doppelbedeutung zukommen sollte, je nach dem, ob es sich um die Aussage über eine vorgeworfene Tat oder nur um einen von einem Schuldvorwurf losgelösten Tatumstand handelte.¹²³⁶ Diese Streitigkeiten führten zu keinem befriedigenden Ergebnis. Dies ist deshalb bemerkenswert, da eine einheitliche Definition aus damaliger Sicht im Hinblick auf die starke Abhängigkeit vom Personenbeweis von besonderer Wichtigkeit gewesen wäre.
- 517 Eine allgemeingültige Definition für das Geständnis in Strafsachen lieferte schliesslich *Lohsing*, der darin jede Aussage sah, die, an sich betrachtet, einen strafrechtlich relevanten Nachteil des Aussagenden herbeiführen konnte.¹²³⁷ Dies kommt dem heutigen Verständnis sehr nahe, obwohl sich die deutsche Lehre und Rechtsprechung vermehrt wieder dem Tatvorwurf als Voraussetzung zugewandt, die Definition weiter konkretisiert und mit der Irrelevanz des Nachteils ergänzt hat: Ein Geständnis im Sinne des § 254 dStPO ist danach beispielsweise «jedes Zugestehen von Tatsachen bezüglich der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat i.S.v. § 264, die für die Schuldfrage oder für die Rechtsfolgeentscheidung von Bedeutung sein können, gleichgültig, ob sie den Angeklagten belasten oder entlasten.»¹²³⁸ Da solche Definitionsauslegungen jeweils nur auf die konkrete Regelung abstellen, kann daraus höchstens ein Hinweis auf eine allgemeine Definition gezogen werden. Schon die reichsgerichtliche Rechtsprechung¹²³⁹ bezeichnete alle Erklärungen, die für den Schuld- und Rechtsfolgeauspruch von Belang sein konnten, unabhängig davon, ob sie sich be- oder entlastend auswirken,¹²⁴⁰ als Geständnis im weiteren Sinne. Wendet man eine solch weite Geständnisdefinition versuchsweise auf die Geständnisvoraussetzung im Strafbefehlsverfahren an, wird sogleich klar, dass diese unbrauchbar ist.

¹²³⁴ Dazu ausführlich LOHSING, S. 6 ff. m.w.H. auf die bedeutendsten Strafrechtsautoren des 19. Jahrhunderts; NOWACKI, S. 54 ff.

¹²³⁵ So vor allem SCHAUBERG, S. 17.

¹²³⁶ Zur Diskussion siehe LOHSING, S. 8 ff.

¹²³⁷ LOHSING, S. 10; sich diesem anschliessend NOWACKI, S. 55; ähnlich GIESKER, S. 37.

¹²³⁸ KK-DIEMER, § 254 N 3 m.H. auf die Rechtsprechung.

¹²³⁹ RGSt 45, 198 und 54, 126.

¹²⁴⁰ Siehe JEROUSCHEK, S. 794 mit Hinweisen in Fn. 2.

Die Tatsache, dass es sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht nach wie vor keine gesetzliche Definition des Geständnisses gibt, erscheint zwar aus Gründen der Rechtssicherheit bedenklich, im Hinblick auf die beachtlich vielen, unter dem Begriff Geständnis zusammengefassten Erscheinungsformen von Beschuldigtenverhalten aber verständlich und sogar begrüssenswert. Eine Definition, die alle denkbaren Erscheinungsarten von Geständnissen einschliesst, ist gerade wegen dieser Weite des Begriffs nicht mehr aussagekräftig.¹²⁴¹ Aus dieser Erkenntnis rührt auch die vorliegend vertretene Kritik an der Generalisierung des Geständnisbegriffs. Wird ein Geständnis nicht nur als psychologisches Phänomen, sondern als rechtlich relevante Äusserung betrachtet, führt dessen undifferenzierte Berücksichtigung zu reiner Willkür. Soll ein Geständnis eine Strafmilderung bewirken oder zwischen Zuständigkeiten entscheiden, müssen Form, Inhalt und Motivation des jeweils verlangten oder berücksichtigten Geständnisses definiert werden. Während das Geständnis für eine Strafmilderung bestimmte Auswirkungen haben muss, zielt die Begründung einer Zuständigkeit durch Geständnis eher auf den Aufklärungsstand oder die Legitimationswirkung durch den Konsens als solchen ab. An den Inhalt eines Geständnisses als Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Beschuldigten werden hohe Anforderungen gestellt, während es sich bei der Verlesung des Geständnisses gemäss § 254 dStPO um beliebige ent- oder belastende Tatsachen handeln kann.¹²⁴² In diesem Zusammenhang erscheint überdies heikel, übereinstimmende Äusserungen des Beschuldigten unter dem Begriff des Geständnisses «terminologisch zu verselbständigen», während abweichende Erklärungen als «Schutzbehauptungen» abgetan werden. Diese Begrifflichkeit erhöht die Gefahr, dass auf eine, mit dem Vorwurf übereinstimmende Aussage unkritisch abgestellt wird.¹²⁴³

Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn der klassische Begriff des Geständnisses nur noch konkretisiert verwendet würde. So könnte in der jeweiligen Regelung das verlangt werden, was nach dem Willen des Gesetzgebers als notwendig und ausreichend angesehen wird. Soll eine Strafmilderung für Kooperation gewährt werden, ist dies schon deshalb ausdrücklich zu verlangen, damit die Milderung

¹²⁴¹ So auch DENCKER, ZStW 1990, S. 62 f.; nach RIESS, FS-Richter, S. 434 f., setzt sich der strafprozessuale Geständnisbegriff deshalb in der Regel «aus dem allgemeinen Begriff in Verbindung mit dem jeweiligen prozessualen Kontext, in dem es steht» zusammen.

¹²⁴² So verlangt auch RIESS, FS-Richter, S. 437, in diesem Zusammenhang, dass Erklärungen des Beschuldigten irgendwelcher Art zu verifizieren seien, unabhängig davon, ob diese dem Tatvorwurf widersprechen, teilweise davon abweichen oder völlig mit diesem übereinstimmen.

¹²⁴³ RIESS, FS-Richter, S. 437, mit Verweis auf die Untersuchung von *Peters* zu Fehlurteilen im Strafprozess (PETERS, Fehlerquellen, Band 1–3).

nicht unter dem Deckmantel von Reue und Einsicht als legitim verkauft wird.¹²⁴⁴ Wird für und wider das Geständnis als Beweismittel diskutiert, muss erst klar bestimmt werden, von welcher Art Geständnis die Rede ist. Ein umfassendes, durch Umstände gestütztes und glaubhaftes Geständnis kann durchaus alleine zur Verurteilung führen, das reine Bejahen eines Vorwurfs wohl kaum. Soll in einem Verfahren, aus welchem rechtspolitischen Grund auch immer, ein einfacher Konsens oder die Unterwerfung unter eine Norm zu einer (milden) Verurteilung legitimieren, sollte dies ebenfalls ehrlicher Weise so deklariert werden. Dasselbe gilt auch für das Geständnis im Strafbefehlsverfahren. Es ist genau zu definieren, welches Beschuldigtenverhalten hierbei wirklich verlangt und in welcher Funktion es berücksichtigt wird. Dafür sind im Folgenden zunächst die denkbaren Funktionen des Geständnisses zu unterscheiden.

5. Funktionen des Geständnisses

- 520 Bei den möglichen Funktionen eines Geständnisses werden in der Literatur drei Bereiche unterschieden: Strafzumessungskomponente, Beweismittel und Prozesshandlung (letzteres im untechnischen Sinne).¹²⁴⁵

5.1 Geständnis als Strafzumessungskomponente

- 521 Grundlage für die Strafzumessung ist in beiden Ländern das Verschulden des Täters.¹²⁴⁶ Wenn das Geständnis im Wortlaut der Strafzumessungsbestimmungen auch nicht ausdrücklich genannt ist¹²⁴⁷ und die Strafzumessungsrelevanz des Geständnisses nach wie vor umstritten ist,¹²⁴⁸ so wird es heute doch als Strafmil-

¹²⁴⁴ In diese Richtung auch DENCKER, ZStW 1990, S. 66.

¹²⁴⁵ DENCKER, ZStW 1990, S. 54, bezeichnet letzteres als «Verfahrenshandlung»; HAUER, S. 24 f., spricht bei letzterem von «prozessualer Handlung (S. 25); RIESS, FS-Richter, S. 435 ff., nennt letzteres eine «Unterwerfungsgeste» (S. 438).

¹²⁴⁶ Art. 47 Abs. 1 chStGB; § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB.

¹²⁴⁷ Das Geständnis ist weder in Art. 48 chStGB noch in § 46 Abs. 2 dStGB als Strafmilderungsgrund aufgeführt; allerdings wird in der Schweiz die «aufrichtige Reue» nach Art. 48 lit. d chStGB als wegleitend für eine Berücksichtigung angesehen, währenddessen es im deutschen Recht die Reue als ausdrücklichen Strafmilderungsgrund nicht gibt; rechtsvergleichend zum Nachtatverhalten siehe BSK-WIPRÄCHTIGER, § 47 N 129, sowie HAUER, S. 81, Fn. 8.

¹²⁴⁸ Für eine Übersicht über die verschiedenen Theorien siehe MOOS, S. 114 ff., 151 ff.; dazu auch Schönke/Schröder-STREE, § 46 N 41a m.w.H.; BSK-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 N 131 m.w.H.

derungsgrund (bzw. Strafminderungsgrund) behandelt.¹²⁴⁹ Dogmatisch wird diese strafzumessungsrelevante Wirkung als «Nachtatverhalten» oder «Auswirkung der Tat» unter § 46 Abs. 2 dStGB und Art. 47 chStGB subsumiert.¹²⁵⁰ Dagegen wird zum einen geltend gemacht, der Unrechtsgehalt der Tat werde durch ein Geständnis nicht verändert.¹²⁵¹ So hielt auch die frühere deutsche Rechtsprechung fest, ein Geständnis dürfe nur dann strafmildernd berücksichtigt werden, wenn dabei auf Reue geschlossen werden könne und damit die Beurteilung der Persönlichkeit in die Strafzumessung einflüsse.¹²⁵² Ein Geständnis erleichtere zwar dem Gericht die Arbeit, sei aber deshalb noch kein zulässiger Strafzumessungsgrund. Die spätere deutsche Rechtsprechung hielt zumindest soweit daran fest, als dass nicht das Geständnis an sich, sondern die innere Einstellung zur Tat, die im Prozessverhalten zum Ausdruck komme, berücksichtigt werden solle. Grundlage dafür bot die Theorie von der «doppelten Indizkonstruktion».¹²⁵³ Nach dieser seien auch Umstände, die nach der Tatbestandsverwirklichung liegen, bei der Strafzumessung unter Schuldgesichtspunkten zu berücksichtigen, wenn und soweit sie «in einem inneren Zusammenhang mit dem konkreten Schuldvorwurf» stünden und deshalb Schlüsse auf den Täter und seine Einstellung zur Tat zuließen.¹²⁵⁴ Dem Nachtatverhalten kam nach diesem Verständnis

¹²⁴⁹ Zum *deutschen* Recht siehe eingehend Schönke/Schröder-STREE, § 46 N 41a; HAUER, S. 25, 81 ff. m.w.H.; HÖNIG, S. 59 ff.; MOOS, S. 119 f.; zum *schweizerischen* Recht BSK-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 N 130 ff.

¹²⁵⁰ SCHMID-HIEBER, N 169; BSK-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 N 129; zu den denkbaren Argumenten für die strafmildernde Wirkung des Geständnisses siehe HAUER, S. 82 ff. (Reue und Einsicht), S. 89 (Förderung des Rechtsfriedens), S. 90 ff. (Zeugen- und Opferschutz) und schliesslich S. 95 ff. (Aufklärungshilfe).

¹²⁵¹ Dazu STALINSKI, S. 69.

¹²⁵² OLG Hamm, Urteil vom 7. September 1950 – (2) 2 Ss 389/50 – SJZ 1950, 844; siehe dazu auch STALINSKI, S. 69, mit Verweis auf einen Entscheid des Obersten Gerichtshof für die Britische Zone (OGH für die Britische Zone, Urteil vom 10. Oktober 1949 – StS 219/49 = OGHSt 2, 220), wonach das Aussageverhalten unbeachtlich sei, es sei denn, es liessen sich Rückschlüsse auf die in der Tat enthaltene Schuld oder die Gefährlichkeit des Täters ziehen.

¹²⁵³ BGHSt 1, 105: «In dem Verhalten, das der Verbrecher während des Verfahrens, vor allem auch während der Hauptverhandlung an den Tag legt, kann sich jedoch auch offenbaren, wie er innerlich zu seiner Tat steht. Wenn auch durch dieses nach der Tat liegende Verhalten der Unrechtsgehalt der Tat selbst nicht verändert wird, so können doch unter Umständen aus ihm Schlüsse auf das Mass seiner persönlichen Schuld und auf seine Gefährlichkeit gezogen werden, die – wie in der Rechtsprechung und im Schrifttum allseitig anerkannt ist – bei der Strafzumessung nicht nur Berücksichtigung finden dürfen, sondern sogar müssen. Wenn und soweit das Leugnen oder das Geständnis des Angeklagten solche Schlüsse auf das Mass seiner persönlichen Schuld und den Grad seiner Gefährlichkeit zulässt, muss es deshalb gestattet sein, es auch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.»

¹²⁵⁴ SCHÄFER G., N 356.

also keine selbständige Bedeutung zu, sondern es hatte lediglich Indizcharakter, wenn es Schlussfolgerungen auf die Tat und den Täter zuließ. Das Geständnis musste also auf eine innere Umkehr hindeuten.¹²⁵⁵ Diese Konstruktion wurde in der deutschen Lehre mehrheitlich abgelehnt.¹²⁵⁶

- 522 In der Rechtswirklichkeit erhält der Beschuldigte heute meist dann eine Strafmilderung, wenn er durch das Geständnis einen kausalen Beitrag zu seiner Verurteilung leistet. Bedarf es für die Verurteilung seines Geständnisses nicht, weil genügend andere Beweismittel vorliegen, so wird in der Regel keine Milderung gewährt. Die Strafzumessungskomponente des Geständnisses ist also in der Praxis auf dessen Kooperationsmoment beschränkt.¹²⁵⁷ Überdies wird das Geständnis nicht um seiner selbst Willen, sondern wegen seiner Wirkung honoriert. So wird argumentiert, das Geständnis könne die Auswirkung der Tat mindern, wenn es der Tataufklärung zuträglich sei (und damit Ressourcen) einspare bzw. für das Opfer Bestätigung bedeute sowie diesem belastende Konfrontationen erspare.¹²⁵⁸ Seit dem, bereits im Zusammenhang mit den Abspracheverfahren erwähnten Entscheid des BGH aus dem Jahre 1997, wird indes auch das rein prozesstaktische Geständnis über den Umweg einer *In-dubio-pro-reo*-Konstruktion als Strafmilderungsgrund angesehen.¹²⁵⁹ Mit der Begründung, dass Reue und Einsicht subjektive Empfindungen seien, welche auch in Absprachen vorkommen können, dürfte nach heutiger deutscher Praxis (*in dubio pro reo*) für Strafreduktionen zugunsten des Gestehenden kein Hindernis mehr bestehen.¹²⁶⁰
- 523 Lenkt man den Blick nun zum Strafbefehlsgeständnis, wird augenblicklich klar, dass dieses jedenfalls nicht *wegen* der Strafzumessungsfunktion vorausgesetzt wird oder werden könnte. Das Strafbefehlsverfahren gewährt im Unterschied zum Abspracheverfahren nicht *per se* eine mildere Sanktion und dass die Discretion des Strafbefehlsverfahrens mit dem Geständnis erkaufte werden muss, kann wohl nicht ernsthaft behauptet werden. Da die Motivation des Geständnisses als Voraussetzung für den zürcherischen Strafbefehl vollkommen irrelevant ist, kann damit auch nicht auf ein bestimmtes Nachtatverhalten abgestellt werden. Handelt es sich beispielsweise um ein Bekennergeständnis, welches von einer Rechtsfeindschaft zeugt und somit weder normbegräftigende Wirkung¹²⁶¹, noch Erleichterungen für das Opfer auslösen kann, so spricht dies gegen die

¹²⁵⁵ JEROUSCHEK, S. 805, zum metanoischen Geständnis.

¹²⁵⁶ Kritisch DENCKER, ZStW 1990, S. 56 f.; HÖNIG, S. 75 ff., 103; JEROUSCHEK, S. 805; MOOS, S. 155.

¹²⁵⁷ STALINSKI, S. 70 m.w.H. zur deutschen Rechtsprechung.

¹²⁵⁸ Bezüglich Entlastungen des Opfers DENCKER, ZStW 1990, S. 51, 60 f.; zum Ganzen HAUER, S. 99 ff.

¹²⁵⁹ BGHSt 43, 195, 209 vom 28. August 1997; siehe vorne N 89.

¹²⁶⁰ Dazu HAUER, S. 98; STALINSKI, S. 78.

¹²⁶¹ JEROUSCHEK, S. 817.

strafmildernde Berücksichtigung des Geständnisses, nicht aber gegen die Anwendbarkeit des zürcherischen Strafbefehlsverfahrens. Abschliessend kann festgehalten werden, dass das Geständnis im Strafbefehlsverfahren bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zwar wie im Normalverfahren bei der Zumessung der Strafe berücksichtigt werden kann. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine Eigenheit des Strafbefehlsverfahrens, die eine solche Voraussetzung begründen könnte.

5.2 Geständnis als Beweismittel

Dass die Aussage des Beschuldigten und damit auch das Geständnis Beweistatsachen sind, welche der freien richterlichen Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung zugänglich sind, ist heute in den untersuchten Rechtskreisen unumstritten.¹²⁶² Auch wenn die Befragung des Angeklagten systematisch vor der Beweisabnahme stattfindet, das Geständnis wird als Form der Einlassung des Angeklagten als Beweismittel behandelt.¹²⁶³ Damit sind die üblichen Vorschriften bei der Beweiserhebung auch diesbezüglich zu beachten. Da der Beschuldigte als Prozesssubjekt nicht der Wahrheitspflicht unterliegt, ist er selbst nicht – wie bspw. ein Zeuge – Beweismittel im technischen Sinne.¹²⁶⁴ 524

Der Beweiswert eines Geständnisses gründet nicht zuletzt in der Annahme, dass niemand (der geistig gesund sei)¹²⁶⁵ etwas tue oder zugebe, was ihm schädlich sei. Deshalb wird ein Geständnis grundsätzlich als wahr angesehen. Diese Ansicht mag als Grundsatz in den vorliegend untersuchten Rechtskreisen gelten, ist aber keineswegs selbstverständlich. So gilt beispielsweise nach jüdischem Recht die Regel, dass sich niemand selbst belasten kann. Belastet sich ein Mensch durch seine eigene Aussage, wird diese nicht akzeptiert, bleibt unbeachtet und hat keine strafrechtliche Relevanz.¹²⁶⁶ 525

¹²⁶² Zum Geständnis in seiner Beweisfunktion siehe DENCKER, ZStW 1990, S. 54, 69 ff.; zum Beweiswert EISENBERG, N 730 ff.; HAUER, S. 24 f.; MOOS, S. 93 ff.; RIESS, FS-Richter, S. 435 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 613; ZR 1991, Nr. 30.

¹²⁶³ Zur deutschen Systematik JEROUSCHEK, S. 793 m.H. auf § 244 Abs. 1 dStPO und § 243 Abs. 4 i.V.m. § 136 Abs. 2 dStPO.

¹²⁶⁴ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 25 N 10; JEROUSCHEK, S. 795 ff., zur Doppelnatur des Beschuldigten, mit dem Ergebnis auf S. 801, dass dieser in § 244 Abs. 1 dStPO «aus der Beweisaufnahme eskamotiert [...] in eben diese durch die Hintertür des Instituts der freien Beweiswürdigung wieder eingeführt wird».

¹²⁶⁵ Zur Thematik siehe eingehend EISENBERG, N 730 ff.

¹²⁶⁶ Eine Herleitung des jüdischen (talmudischen) Selbstbelastungsverbots bei MILLER, S. 325 ff.; siehe auch SCHLAURI, Verbot, S. 39 ff.; SCHAUBERG, S. 32; zum talmudischen Selbstbelastungsverbot als Wurzel des *nemo-tenetur*-Grundsatzes ROGALL, S. 67 ff.; zur fehlenden Akzeptanz einer Selbstbelastung («des Wahnsinns verdächtig») im germanischen Strafprozess NOWACKI, S. 64.

- 526 Dass das Geständnis kein Wahrheitsgarant sein kann, zeigt indes bereits dessen gutdokumentierte und empirisch gefestigte Rolle als Fehlerquelle im Strafverfahren.¹²⁶⁷ So reichen die Motive für das Ablegen eines falschen Geständnisses von der Umgehung längerer Ermittlungsverfahren über die Entlassung aus der Untersuchungshaft und das Entstehen für den wahren Täter bis zur Ausweglosigkeit der Beweissituation. Geisteskrankheit dürfte entgegen obiger Annahme nur in den seltensten Fällen Grund für ein falsches Geständnis sein.¹²⁶⁸
- 527 So gilt denn das Geständnis längst nicht mehr als Königin unter den Beweismitteln («regina probationum»). Weder ist zur Aufklärung des Sachverhalts zwingend ein Geständnis notwendig, noch garantiert ein solches eine erfolgreiche Aufklärung. Um Ermittlungsdefiziten bei einem Widerruf, aber auch Fehlurteilen vorzubeugen, muss über das Geständnis hinaus soweit ermittelt werden, dass sich der Sachverhalt notfalls auch ohne Geständnis erstellen lässt.¹²⁶⁹ In der Praxis gilt eine Sache bei Vorliegen eines Geständnisses jedoch in der Regel als geklärt.¹²⁷⁰
- 528 Eingehend zur Beweiskraft des Geständnisses im gemeinrechtlichen Strafprozess äusserte sich *Giesker* (1868), wobei dessen Argumente zu überzeugen vermögen und durchaus auch heute noch Geltung beanspruchen dürfen. So verlangte er nicht nur, dass das beweisrelevante Geständnis des Angeklagten auch alle Nebenangaben enthalte, sondern dass diese Nebenumstände wenigstens zum Teil durch Zeugen, Augenschein etc. bewiesen sein müssten.¹²⁷¹ Wo sowohl für den subjektiven, als auch für den objektiven Tatbestand nur das Geständnis vorliege, bleibe dasselbe ein reiner Verdachtsgrund. Das «nackte Geständnis» sei nur ein «Indicium»¹²⁷² und dieses alleine könne nie eine überzeugende Glaubwürdigkeit besitzen.¹²⁷³ *Giesker* kommt sodann zum Ergebnis, das Geständnis im Zivilprozess sei mehr als ein Beweismittel, da es den Richter auch gegen sei-

¹²⁶⁷ BENDER/NACK/TREUER, N 1096 ff.; BENEKE, S. 17 ff.; BUSAM, S. 60 ff.; mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis HIRSCHBERG, S. 13 ff.; PETERS, plädoyer 3/95, S. 39 ff.; eingehend PETERS, Fehlerquellen II, S. 5 ff.

¹²⁶⁸ EISENBERG, N 730; BENEKE, S. 81 ff.

¹²⁶⁹ EISENBERG, N 727.

¹²⁷⁰ BENDER/NACK/TREUER, N 1017 f.; KRAUSS, recht 1999, S. 121 bemerkt, dass vor allem im schweizerischen Strafprozess ein Geständnis als tragfähige Grundlage einer Verurteilung erscheine; siehe aber auch Nr. 111 Abs. 4 RiStBV für Deutschland.

¹²⁷¹ GIESKER, S. 33; wobei er den Grundsatz auch für den sich damals entwickelnden Strafprozess mit «accusatorischen Formen» (S. 73) beansprucht (S. 71 ff., 81).

¹²⁷² GIESKER, S. 34.

¹²⁷³ GIESKER, S. 35, der das Argument der möglicherweise aus dem Benehmen des Beschuldigten erkennbaren Gewissenserleichterung in die Psychologie verweist. Auch das Argument, niemand würde eine nachteilige Tatsache einfach einräumen, lässt er nicht gelten (S. 67) – weil dies lediglich im Allgemeinen so sei.

ne Überzeugung dazu zwingt, dieses zu seiner Urteilsgrundlage zu machen. Demgegenüber sei das Geständnis im Strafverfahren ohne weitere Indizien weniger als ein Beweismittel und könne niemals alleine eine Verurteilung bewirken, sondern müsse zu einem Freispruch führen.¹²⁷⁴ Im Übrigen seien diese Nebenumstände auch für einen Widerruf eines Geständnisses unerlässlich, da sonst nicht dargelegt werden könne, ob nun das Geständnis glaubwürdiger sei oder sein Widerruf.¹²⁷⁵ Zum Inhalt des Geständnisses führte *Giesker* aus, die Schuld liege in der verbrecherischen Tat und so müsse der Beschuldigte nur die Handlungsweise eingestehen. Wie er sie rechtlich kennzeichne, sei hingegen gleichgültig. Ein Beschuldigter könne vielmehr gar keinen Tatbestand eingestehen, ein solcher sei durch Urteil zu erklären.¹²⁷⁶ «Doch ist ein Geständnis immer eine wünschenswerte Erscheinung [...]; er [*der Richter*] wird häufig auf diesem Weg am besten die Mittel in die Hände bekommen, den wahren Sachverhalt aufzudecken.»¹²⁷⁷ Im Wesentlichen kann auch heute davon ausgegangen werden, dass das Geständnis in den beiden untersuchten Rechtskreisen in einem frühen Stadium des Verfahrens weder zum Ausschluss noch zur uneingeschränkten Durchführung eines Beweisverfahrens führt. Vielmehr bewirkt es eine summarische Beweisaufnahme.¹²⁷⁸

Appliziert man diese Geständnisfunktion nun auf das Strafbefehlsgeständnis, erscheint ebenfalls offensichtlich, dass darin keine Besonderheit des Strafbefehlsverfahrens gesehen werden kann. Dass im Strafbefehlsverfahren die freie Beweiswürdigung nicht gelte und ein Geständnis immer per se zum Urteil führe, kann bereits im Hinblick auf die Anwendbarkeit der realisierbaren Prozessgrundsätze verneint werden.¹²⁷⁹ Auch dass das Geständnis hier als besonders zuverlässiges Beweismittel gelten soll, ohne welches in einem vereinfachten Ver-

¹²⁷⁴ GIESKER, S. 36 m.w.H. auf Fälle falscher Geständnisse und S. 63 mit Betonung auf den gegensätzlichen Effekt im Zivilprozess.

¹²⁷⁵ GIESKER, S. 66 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 54 N 4, auch ein vom Beschuldigten widerrufenes Geständnis unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung; ist kein nachvollziehbarer Grund für den Widerruf ersichtlich, wird dieser nicht selten als Schutzbehauptung abgelehnt, ZR 1995, Nr. 15; es hängt somit von der Überzeugungskraft der für den Widerruf ins Feld geführten Gründe ab, ob er die Wirkung des Geständnisses zu paralisieren vermag, LGVE 1990 I, S. 86 f. N 54 mit Verweisung.

¹²⁷⁶ GIESKER, S. 63 f.; so auch NOWACKI, S. 56, mit der Unterscheidung von inneren und äusseren Tatsachen.

¹²⁷⁷ GIESKER, S. 64; so auch ARZT, ZStrR 1992, S. 240, mit dem Hinweis, es sei einfacher, die Richtigkeit eines Geständnisses zu überprüfen, als Indizien für die Überführung des schweigenden oder leugnenden Täters zu suchen.

¹²⁷⁸ NOWACKI, S. 86, 208 ff.; zum Umfang der Beweisaufnahme bei Vorliegen eines Geständnisses MOOS, S. 93 ff.

¹²⁷⁹ Siehe dazu vorne N 49 ff.

fahren keine Überzeugungsbildung möglich sein soll, ist nach dem heutigen Stand an technischen Möglichkeiten nicht realistisch. Allerdings scheint die zürcherische Regelung mit ihrer Geständnisvoraussetzung in der Praxis genau dies zu bewirken. Vor allem die detaillierten Ausführungen in der Lehre und Rechtsprechung zum Geständnisinhalt und der verlangten Richtigkeit des Geständnisses weisen auf die Beweismittelfunktion des Geständnisses im zürcherischen Strafbefehlsverfahren hin. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb ein Geständnis als Beweismittel im Strafbefehlsverfahren zwingend vorausgesetzt werden sollte, wenn durch andere Beweismittel eine Überzeugungsbildung ebenso möglich ist. Zwar wird in einer Verurteilung ohne Geständnis bisweilen eine zu grosse Spannung mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* angesehen, welche für den Richter zu belastend sei.¹²⁸⁰ Lässt man dieses Argument gelten, müsste ein Geständnis aber auch im Normalverfahren verlangt werden, womit es zur Rückkehr in die Beweisregeln der Inquisition nicht mehr weit wäre. Dass es gestützt auf die Beweiskraft eines glaubhaften Geständnisses zu einer Verurteilung kommt, ist freilich auch im Strafbefehlsverfahren möglich und üblich. Dies rechtfertigt aber noch keine Geständnisvoraussetzung.

5.3 Geständnis als «Prozesshandlung»

- 530 Dem Geständnis kann auch eine rechtsgestaltende Bedeutung zukommen. So richtet sich der Verfahrensgang im Zivilprozess und im angloamerikanischen Anklageprozess im Wesentlichen nach dem «Geständnis» des Beschuldigten.¹²⁸¹ Die Lehre von den Prozesshandlungen beinhaltet verschiedene Theorien, welche allesamt gemeinsam haben, dass es sich im weitesten Sinne um Erklärungen von Prozessbeteiligten handelt, die unmittelbar der Prozessförderung dienen und bestimmte Rechtsfolgen willensgemäss auslösen können.¹²⁸² Die untersuchten Strafprozessordnungen verwenden den Begriff der Prozesshandlung aber nicht. Wird das Geständnis nun für den Erlass eines Strafbefehls vorausgesetzt, liegt es nahe, dieses als Prozesshandlung zu betrachten. So öffnet ein Geständnis den Weg zu diesem besonderen Verfahren, während bei dessen Fehlen die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens verwehrt bleibt. So sieht denn auch Schmid im Geständnis ohne weiteres eine Prozesshandlung in Form einer Bewirkungserklärung für die Anwendbarkeit des zürcherischen Strafbefehlsverfahrens.¹²⁸³

¹²⁸⁰ So bspw. ARZT, ZStrR 1992, S. 240 f., 246, der die Träume des vorigen Jahrhunderts von der freien Beweiswürdigung als Wissenschaft als zerronnen sieht und die freie Beweiswürdigung heute als Kunst bzw. Geschmacksache bezeichnet.

¹²⁸¹ Zum englischen und amerikanischen Strafverfahren MOOS, S. 161 ff. bzw. S. 164 ff.; BICKEL, S. 34 ff.; BOMMER, ZSR 2009, S. 36 ff.

¹²⁸² Siehe die Übersicht bei ROXIN/SCHÜNEMANN, § 22 N 1 ff.; dazu auch KÜHNE N 670 ff.; PETERS, Strafprozess, S. 252; SCHMID, Strafprozessrecht, N 540 ff.

¹²⁸³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 547.

Demgegenüber äussert sich *Dencker* in Bezug auf das Einstellungsverfahren bei Jugendlichen nach den §§ 45 und 47 JGG diesbezüglich eher kritisch. Zwar mache das Geständnis hier den Anschein einer (nicht Prozess-, sondern) Verfahrenshandlung, jedoch werde eine Schuldfeststellung vorausgesetzt, weswegen ein Geständnis allein noch keine Wirkung haben könne.¹²⁸⁴ Diesem Argument kann auch für das Strafbefehlsverfahren gefolgt werden. Rein rechtsgestaltende bzw. das Gericht bindende Wirkung kommt dem Geständnis in keiner der oben beschriebenen Vorschriften zu.¹²⁸⁵ Klar ist: Würde das Geständnis als Prozesshandlung gelten und gleichzeitig Beweisfunktion innehaben, dann wäre damit das Prinzip der freien Beweiswürdigung verletzt.¹²⁸⁶

Dennoch *könnte* man dem Geständnis im Strafbefehlsverfahren durchaus eine 531 verfahrensgestaltende Wirkung zugestehen. Nämlich dann, wenn man dessen Berücksichtigung um eine Stufe nach oben bzw. zeitlich ans Ende schieben würde. So müsste in einem ersten Schritt der Sachverhalt vollständig geklärt sein und eine Aktenüberzeugung vorliegen. Wie dies erreicht wird, ob durch ein glaubhaftes beweiskräftiges Geständnis oder mittels anderer Beweismittel und Indizien, würde dabei keine Rolle spielen. Dann wäre zu prüfen, ob die übrigen Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls erfüllt sind: einfacher Fall, klare Beweislage, abgeschlossenes Vorverfahren und eine Rechtsfolge innerhalb des Anwendungsbereichs. Erst dann wäre anlässlich einer Anhörung zu prüfen, ob der Beschuldigte die Ermittlungsergebnisse bestreitet oder diese nach einem Schlussvorhalt anerkennt. Nur in letzterem Fall wäre der Erlass eines Strafbefehls möglich. Damit erhielte das Geständnis im Strafbefehlsverfahren eine reine Konsensfunktion. Der Konsens bestünde dabei nicht über die Verfahrensart oder das Verfahrensergebnis, sondern allein über den Sachverhalt. Durch die Übereinstimmung des Beschuldigten mit der Überzeugung der Strafbefehlsbehörde aufgrund der Akten würde die Fehleranfälligkeit im Strafbefehlsverfahren ausgeglichen. Auch würde das rechtliche Gehör so noch *vor* der ersten Entscheidung gewährt. Dieses Vorgehen könnte im Übrigen problemlos auf den Wortlaut der zürcherischen Regelung angewendet werden. Allerdings ist der dortige Begriff des Geständnisses bzw. des eingestandenen Sachverhalts zu weit und deshalb irreführend. Ein solches Strafbefehlsgeständnis bedürfte einer klaren Definition.

6. Einteilungskriterien als Definitionshilfe

Für die verschiedenen Arten von einlässlichem Beschuldigtenverhalten wurden 532 bereits früh Einteilungskriterien und Begriffskonkretisierungen geschaffen. Ein Geständnis kann nach Inhalt, Form oder Motivation oder mehreren kombinierten

¹²⁸⁴ DENCKER, ZStW 1990, S. 63 f.

¹²⁸⁵ Peters, Strafprozess, S. 249; JEROUSCHEK, S. 798; BICKEL, S. 26.

¹²⁸⁶ JEROUSCHEK, S. 799.

Kriterien und Unterkriterien eingeteilt werden. In Anlehnung an die von *Lohsing* dargestellte und immer wieder übernommene Einteilung, sollen vorliegend die heute relevanten Erscheinungsformen in Form von Begriffspaaren gegenübergestellt und erläutert werden.¹²⁸⁷ Die Einteilung erlaubt es, die verschiedenen Perspektiven des Geständnisses zu erkennen und einem allfälligen Strafbefehlsgegenstandnis die eine oder andere Form zuzuweisen.

- 533 Beim Begriffspaar des *gerichtlichen* und *aussergerichtlichen* Geständnisses wird nach dem Adressat unterschieden, namentlich ob das Geständnis vor dem zuständigen Gericht oder ausserhalb des Gerichts abgelegt wird. Letzteres wird wiederum unterteilt in Privatperson und Behörden. Je nach dem, welche Art von Geständnis im jeweiligen Kontext von Bedeutung ist, verändern sich auch die Anforderungen. So muss an ein aussergerichtliches Geständnis, sofern es überhaupt von Belang sein darf, hohe Anforderungen gestellt werden. Im zürcherischen Strafbefehlsverfahren reicht heute ein in den Polizeiakten protokollarisch festgehaltenes Geständnis bereits als Voraussetzung für das Strafbefehlsverfahren. Für ein Geständnis im Strafbefehlsverfahren wäre, um diesem die verfahrensabschliessende Konsenswirkung zukommen zu lassen und gleichzeitig die Gehörgewährung durch die entscheidende Behörde zu sichern, ein Geständnis gegenüber der Strafbefehlsbehörde aber zwingend.
- 534 Die Frage, ob ein Geständnis in der strafprozessual vorgeschriebenen *Form (formgültig/formungültig)* entgegengenommen werden muss, um verwertbar zu sein, ist grundsätzlich klar zu bejahen. So ist der Beschuldigte über seine Rechte zu belehren und die Regeln über die Vernehmung müssen eingehalten worden sein. Insbesondere ist der *Nemo-tenetur*-Grundsatz zu beachten. Ansonsten ist ein Geständnis nicht verwertbar.¹²⁸⁸ Dies muss bereits deshalb auch für das Strafbefehlsgegenstandnis gelten, weil ein erzwungenes, erpresstes oder aus einem Irrtum oder einer Täuschung hervorgegangenes Geständnis auch keinen Konsens entstehen lässt.
- 535 Das Geständnis besteht in der Regel aus einer *ausdrücklichen* Erklärung. Diese setzt einen Befragenden oder aber eine Selbstanzeige mit ausführlicher Erklärung voraus. Das Geständnis scheint sich aber grundsätzlich auch auf ein *Schweigen* stützen zu können, «das man als Zustimmung anzusehen sich berechtigt hält»¹²⁸⁹. Als dritte Möglichkeit kann sich das Geständnis auf eine konkludente Handlung beziehen, welche die *Vermutung* zulässt, der Handelnde sei der Täter. So zum Beispiel bei einer Wiedergutmachung, einem zivilprozessua-

¹²⁸⁷ LOHSING, S. 10 ff.; auch GIESKER, S. 68 ff.; NOWACKI, S. 60 ff.; ähnlich BUSAM, S. 23.

¹²⁸⁸ Anders noch NOWACKI, S. 57: «Auf jeden Fall muss auch eine unfreiwillige Aussage vom Richter geprüft werden, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Unfreiwilligkeit».

¹²⁸⁹ Treffend formuliert bei LOHSING, S. 11.

len Vergleich¹²⁹⁰ oder beim vorzeitigen Strafantritt. Soll das Geständnis aber zuungunsten des Beschuldigten verwendet werden, so muss es ausdrücklich sein.¹²⁹¹ Weder das stillschweigende noch das konkludente dürfen rechtlich relevante Folgen mit sich ziehen.¹²⁹² Dies muss auch bei einer allfälligen Geständnisvoraussetzung im Strafbefehlsverfahren gelten, da damit ja gerade die Verfahrensdefizite der mangelnden Transparenz des nur mangelhaft wirksamen rechtlichen Gehörs und der Fehleranfälligkeit ausgeglichen werden sollen.

Bei der Einteilung in *schlanke* und *durch Umstände gestützte Geständnisse* handelt es sich um eine Unterscheidung, die darauf beruht, ob der Geständige lediglich seine Tat eingesteht oder darüber hinaus Umstände der Tat darlegt, die seine Aussage bekräftigen.¹²⁹³ Die frühere Ansicht ging im Hinblick auf den Wahrheitsaspekt und die alleinige Funktion des Geständnisses als Beweismittel davon aus, dass nur ein durch Umstände gestütztes Geständnis Wirkung erlangen könne.¹²⁹⁴ Heute kommt dem schlanken Geständnis in den absprachebasierten Verfahren aber eine überaus bedeutende Wirkung zu.¹²⁹⁵ Dabei geht es darum, dass der gesamte Tatvorwurf eingestanden wird, die Einräumungen aber so knapp wie möglich verfasst sind, in der Regel vom Verteidiger verlesen und vom Beschuldigten bzw. Angeklagten nur bestätigt werden. Wird es im Ermittlungsverfahren abgelegt, kann es auch in der reinen Bestätigung des staatsanwaltschaftlichen Vorhalts bestehen. Wesentliches Merkmal ist, dass das Gericht vom Angeklagten keine qualitativen Angaben zum Tatvorgang erhält.¹²⁹⁶ Das durch Umstände gestützte (qualifizierte) Geständnis ist demgegenüber durch eine vollständige, detaillierte, widerspruchsfreie und anschauliche Schilderung aller subsumtionsrelevanten Tatsachen gekennzeichnet. Während das erste nicht alleinige Urteilsgrundlage sein kann, ohne dass gegen den Untersuchungsgrundsatz verstossen wird, kann wie bereit mehrfach erwähnt, das letztere – falls glaubhaft – durchaus als solche gelten.¹²⁹⁷ Die Frage nach dem Geständnisumfang ist für das Strafbefehlsverfahren eine überaus bedeutende. Soll das Geständnis im Strafbefehlsverfahren andere Defizite nicht durch eine verstärkte Wahrheitsfindung kompensieren, sondern durch den Konsens über den Strafbefehlsinhalt sowie den Kommunikationsaspekt, müsste das schlanke Geständnis eigentlich als ausreichend angesehen werden. In diesem Fall darf das Geständnis aber weder als Beweismittel verwertet, noch als Strafmilderungsgrund beachtet werden. Bei-

¹²⁹⁰ LOHSING, S. 11.

¹²⁹¹ So auch NOWACKI, S. 60.

¹²⁹² Zum früher vermuteten Geständnis bei Flucht, NOWACKI, S. 61.

¹²⁹³ LOHSING, S. 11.

¹²⁹⁴ Statt vieler NOWACKI, S. 62.

¹²⁹⁵ SCHÜNEMANN, Absprachen, S. 82 f.; BRAUN, S. 50; SCHLÜCHTER, S. 750, zu Inhalt und Relevanz eines schlanken Vollgeständnisses.

¹²⁹⁶ JANKE, S. 106.

¹²⁹⁷ Zum qualifizierten Vollgeständnis eingehend SCHLÜCHTER, S. 748.

spiel: Der einfache Sachverhalt gilt als durch Zeugen und Fotos einwandfrei nachgewiesen und der Staatsanwalt ist von der Schuld des Beschuldigten überzeugt. In diesem Fall bedarf es nur noch eines schlanken Geständnisses, welches nur die Konsens- und Kommunikationsfunktion erfüllen muss. Stützt sich die Strafbefehlsbehörde aber auf das Geständnis als Beweismittel oder Indiz, so muss dieses wie in jedem anderen Verfahren durch Umstände gestützt sein.

- 537 Ein *Teilgeständnis* (im Gegensatz zum *Vollgeständnis*) liegt dann vor, wenn nur Fragmente der Tat davon erfasst werden oder von mehreren Vorwürfen nur einzelne.¹²⁹⁸ In diese Kategorie gehört auch die Frage, ob der Beschuldigte «die Tat in einer zur Bestrafung geeigneten Art gestanden»¹²⁹⁹ oder ob er gleichzeitig Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe angeführt hat. Auch dann ist er nämlich nur teilgeständig. Grundsätzlich unterliegen auch Teilgeständnisse der freien Beweiswürdigung und können ohne weiteres als Beweismittel verwertet oder als Strafmilderungsgrund herangezogen werden. Würde für das Strafbefehlsverfahren nur der Kommunikationsaspekt bewertet, müssten Teilgeständnis oder gar ein Bestreiten grundsätzlich ausreichen. Da allerdings auch ein Konsens über den Sachverhalt anzustreben ist, ist im Strafbefehlsverfahren ein vollumfängliches Geständnis zu verlangen.¹³⁰⁰
- 538 Die Gegenüberstellung des *wahren* und des *falschen* Geständnisses erklärt sich von selbst. Auch wenn es selbstverständlich scheint, dass in einem vom Wahrheitsprinzip geprägten Strafverfahren ein inhaltlich unrichtiges Geständnis möglichst zu vermeiden ist, ist dies heute für das Absprachegeständnis keineswegs eine Bedingung. Auch für das Strafbefehlsverfahren kann diese Zuordnung allein aufgrund des Konsens- und Kommunikationsaspekts des Geständnisses nicht vorgenommen werden. Konsens beruht in erster Linie auf dem Prinzip der formellen Wahrheit und Kommunikation berührt den Wahrheitsaspekt nicht. Allerdings kann diese Frage mit Hilfe der Erkenntnis, dass das Strafbefehlsverfahren dem Prinzip der materiellen Wahrheit untersteht, einfach aufgelöst werden. So wird unabhängig vom vorausgesetzten Geständnis ein aufgeklärter Sachverhalt verlangt. Die Ermittlungsergebnisse müssen also (im Idealfall) der materiellen Wahrheit entsprechen. Da das Strafbefehlsgeständnis mit dem Ermittlungsergebnis übereinstimmen muss, kann es demnach gar nicht «falsch» sein. Ist das Ermittlungsergebnis allerdings bereits fehlerhaft, würde konsequenterweise auch auf ein falsches Geständnis abgestellt werden, um ein Strafbefehl zu erlassen. Dies heisst aber nicht, dass ein falsches Geständnis als Voraussetzung für den Strafbefehl ausreicht.

¹²⁹⁸ Zum Teilgeständnis als «Teilmenge» im Normalverfahren SCHLÜCHTER, S. 750 ff.

¹²⁹⁹ LOHSING, S. 11, der dafür allerdings eine eigene Kategorie anführt.

¹³⁰⁰ So im Übrigen auch die Anforderungen an das zürcherische Strafbefehlsgeständnis, siehe vorne N 479; KÜNG/HAURI/BRUNNER, § 317 N 2 f.

Schliesslich ist zu unterscheiden zwischen *Tatsachengeständnis* und *Schuldgeständnis*. Der Beschuldigte kann im Grunde nur die Tat eingestehen. Zwar kann er seine Schuld bestreiten und Gründe dafür anbringen, jedoch ist es grundsätzlich Sache der entscheidenden Behörde, mittels Würdigung der Tatsachen über die Schuld des Beschuldigten zu entscheiden. Wie im zürcherischen Recht sollte bei einem Strafbefehlsgeständnis deshalb nur verlangt werden, dass der Beschuldigte den Sachverhalt eingesteht.¹³⁰¹ 539

Für die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens wäre demnach eine ausdrückliche und abschliessende Erklärung des Beschuldigten anlässlich einer Anhörung durch die Strafbefehlsbehörde notwendig, in welcher er den ihm vorgeworfenen Sachverhalt als vollständig richtig anerkennt. Vor dieser Erklärung müsste der Beschuldigte über seine Rechte und darüber belehrt werden, dass seine Erklärung nicht als Beweismittel gilt. 540

7. Geständnisvoraussetzung als Defizit?

Wird im Strafverfahren auf ein Geständnis abgestellt, erweckt dies regelmässig den Verdacht, es würden damit Verfahrensprinzipien beschnitten. So wird, insbesondere in der Absprachediskussion, die Geständnisvoraussetzung als mit der Unschuldsvermutung sowie als mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung unvereinbar angesehen. Auch die Aussagefreiheit des Beschuldigten (*nemo tenetur se ipsum accusare*) könnte durch einen impliziten Geständnisdruck gefährdet sein.¹³⁰² 541

Nachdem das vorstehend hergeleitete Strafbefehlsgeständnis in Form einer abschliessenden Erklärung kein Beweismittel darstellen soll, erübrigt sich die Diskussion um die Unschuldsvermutung und die freie Beweiswürdigung. Ersteres wird nicht berührt, da die Schuld des Beschuldigten schon vor dieser verlangten Erklärung feststehen muss. Da die Erklärung nicht als Beweismittel gewürdigt werden soll, kann die Voraussetzung auch keine Beweisregel enthalten. Demzufolge wird auch das Prinzip der freien Beweiswürdigung nicht tangiert. 542

Gemäss dem *Nemo-tenetur*-Prinzip muss sich der Beschuldigte in einem Strafverfahren nicht selbst belasten und somit auch nicht zu seiner eigenen Überführung beitragen. Insbesondere was sein subjektives Wissen anbelangt, steht es ihm frei, dieses preiszugeben oder für sich zu behalten.¹³⁰³ Ein impliziter Geständnisdruck entsteht aber dann, wenn dem Beschuldigten Nachteile drohen, 543

¹³⁰¹ Siehe vorne N 479.

¹³⁰² JEROUSCHEK, S. 795 ff.; OBERHOLZER, AJP 1992, S. 15.

¹³⁰³ JEROUSCHEK, S. 795 f.

falls er zu seiner eigenen Überführung nicht beiträgt.¹³⁰⁴ Wird ein Geständnis als Strafmilderungsgrund verstanden, so stellt sich die unvermeidbare Frage nach der Beachtlichkeit des Schweigens. Dass das Schweigen des Beschuldigten nicht unmittelbar strafferhöhend berücksichtigt werden darf, ist unbestritten.¹³⁰⁵ Doch unabhängig davon ist der schweigende Beschuldigte, der nicht von der Strafmilderung des Geständnisses profitiert, im Nachteil. Selbst wenn der Nichtgeständige «neutral» beurteilt werden könnte,¹³⁰⁶ würde dies dem Beschuldigten insofern nichts bringen, als dieser seine effektive Strafe regelmässig nicht im Verhältnis mit einer Einsatzstrafe, sondern immer im Verhältnis mit der hypothetischen Strafe bei einem Geständnis betrachten dürfte. Die zumindest subjektiv immer nachteilige Rechtsfolge weist somit auf einen mittelbaren Geständnisdruck hin. Dazu kommt, dass eine diesbezügliche Ermahnung auch immer den Anflug eines unerlaubten Versprechens in sich trägt.¹³⁰⁷ Dieses Dilemma ist nach wie vor ungelöst. Lenkt man den Blick zurück zum Strafbefehlsgeständnis und ruft man sich die fehlende notwendige Verbindung zur Strafzumessungskomponente in Erinnerung, kann man es bezüglich der Strafzumessungsproblematik jedoch vorliegend beim Gesagten bewenden lassen.

- 544 Aber auch als prozessrelevante Handlung kann das Geständnis dem *Nemo-tenetur*-Grundsatz zuwider laufen. Kann der Beschuldigte mit dem Geständnis einen gewissen Verfahrensgang unmittelbar beeinflussen, so bleibt dies dem Nichtgeständigen verwehrt, was – je nach beabsichtigter Wirkung der Handlung – zu einem ebenso grossen Geständnisdruck führen kann, wie bei einer Strafmilderung.¹³⁰⁸ Ein solcher Druck würde beispielsweise bei der Entlassung aus der Untersuchungshaft bei Ablegen eines Geständnisses unvermeidbar.¹³⁰⁹ Auch die

¹³⁰⁴ Statt vieler SCHMID, Strafprozessrecht, N 472 f.; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 25 N 1; zu den Grundlagen siehe nur ROGALL, als Ganzes; zum heutigen Geständniszwang, welcher auf die noch immer bestehende Abhängigkeit vom Geständnis zurückzuführen sei ARZT, ZStrR 1992, S. 246.

¹³⁰⁵ Zum Grundsatz statt vieler ROXIN/SCHÜNEMANN, § 25 N 31 f., zur Verwertbarkeit des partiellen Schweigens nach einer grundsätzlichen Einlassung in N 33; a.A. ARZT, ZStrR 1992, S. 247 f., der sich für eine Berücksichtigung des Schweigens im Gesamtzusammenhang der Indizien ausspricht.

¹³⁰⁶ ARZT, ZStrR 1992, S. 246: «Wie man sich den nicht zur Milderung *und* nicht zur Schärfung führenden mittleren Fall vorzustellen hat, ist rätselhaft.»; JEROUSCHEK, S. 806.

¹³⁰⁷ JEROUSCHEK, S. 806.

¹³⁰⁸ So ZIPF, C 77 f., zur Geständnisvoraussetzung im Alternativentwurf zu einem nicht-öffentlichen Verfahren; ROGALL, S. 182; DENCKER, JZ 1973, S. 149, zur Situation beim Einstellungsverfahren nach § 153a dStPO; demgegenüber BT-Drucks. 7/1261, S. 27 f.

¹³⁰⁹ Zur Rolle des Geständnisses im Hinblick auf das Vorliegen der Verdunkelungsgefahr aber ARZT, ZStrR 1992, S. 244, und zur Beseitigung des diesbezüglichen Geständniszwangs, S. 247.

Erklärung im Strafbefehlsverfahren ist vor der Gefahr des impliziten Drucks nicht sicher. So ist der Vorteil des Strafbefehlsverfahrens für den Beschuldigten im Vergleich zu einem Normalverfahren offensichtlich. Kann der Beschuldigte aufgrund der Beweislage davon ausgehen, dass er schuldig gesprochen werden wird, dann wäre es für ihn ungemein kostengünstiger und weniger belastend, wenn dies im Strafbefehlsverfahren geschehen würde.¹³¹⁰ Die Lösung, die Zipf für das bereits erwähnte nichtöffentliche Hauptverfahren anstrebt, um es des Geständnisdrucks zu entledigen, lautet: «[...] wenn er im wesentlichen geständig ist oder sonst die Beweislage dafür geeignet erscheint»¹³¹¹. So nimmt er dem Verfahren tatsächlich die Gefahr, dass der Beschuldigte sich gezwungen sieht, ein Geständnis abzulegen, um sich eine öffentliche Hauptverhandlung zu ersparen. Andererseits wird damit die Formulierung so nichtssagend und wirkungslos wie jene in der schweizerischen Strafprozessordnung. Für die Entlastung des Strafbefehlsverfahrens vom *Nemo-tenetur*-Vorwurf kann jedoch ein ganz anderes Argument vorgebracht werden: In dem Verfahrensabschnitt, in welchem der bisher ungeständige (bzw. ungehörte) Beschuldigte seine Erklärung abgibt, ist das Verfahren schon so weit fortgeschritten, dass der Sachverhalt aufgeklärt und der Staatsanwalt von der Schuld des Beschuldigten bereits überzeugt ist. Legt dieser nun seine Erklärung ab, trägt er inhaltlich nicht mehr zu seiner Überführung bei, sondern legitimiert lediglich die fehleranfällige, da qualitativ minderwertige Erkenntnisgrundlage in Form der Akten. Ergeht dann ein Strafbefehl und ist der Beschuldigte mit dem diesbezüglichen Ergebnis oder der Verfahrensart nicht einverstanden oder anerkennt er den Sachverhalt nicht mehr als richtig, so kann er die Sache mittels Rechtsbehelf immer noch in einer gerichtlichen Hauptverhandlung beurteilen lassen. Ist der Beschuldigte bereits in der Anhörung vor Erlass des Strafbefehls der Meinung, der vorgeworfene Sachverhalt sei nicht richtig ermittelt worden, so kann er die Erklärung verweigern und eine Anklageerhebung abwarten, infolge welcher der Vorwurf ohne den Umweg der Einsprache in einer Hauptverhandlung gerichtlich beurteilt wird. Auch mit dem Prinzip der Aussagefreiheit käme die Voraussetzung eines Strafbefehlsgeständnisses demnach nicht in Konflikt.

Ferner ist zu prüfen, ob die Voraussetzung einer solchen Erklärung dem Beschleunigungs- und Entlastungszweck des Strafbefehlsverfahrens entgegenstehen würde. Immerhin verlangt eine solche Voraussetzung eine zusätzliche Vorladung des Beschuldigten und eine Anhörung durch die Strafbefehlsbehörde. Zum einen kann dagegen argumentiert werden, dass ein solches Vorgehen gerade in Deutschland wohl den Hauptanteil der Einsprüche verhindern würde, womit der

¹³¹⁰ Zum Beschuldigteninteresse siehe vorne N 352; so auch ARZT, ZStrR 1992, S. 243 ff.; Im Zusammenhang mit der in §§ 45 und 47 JGG geregelten Diversion im Jugendstrafverfahren auch JEROUSCHEK, S. 810; ZIPF, C 77 f.

¹³¹¹ ZIPF, C 78.

hier erhöhte Aufwand zumindest anderenorts eingespart werden könnte. In Bezug auf die zürcherische Praxis kann auf WBA Ziff. 48.2 verwiesen werden: «Zulässig und oft sinnvoll ist auch die Vorladung des Angeschuldigten zur Aushängung des Strafbefehls; bei dieser Gelegenheit kann der Strafbefehl erläutert, Akteneinsicht gewährt und eine allfällige Einsprache entgegengenommen werden». Wenn ein solches Vorgehen nach geltendem Recht als realisierbar angesehen wird, dann spricht zumindest ressourcentechnisch nichts gegen eine solche Anhörung.

8. Fazit

- 546 Wie im Normalverfahren kann ein Geständnis im Strafbefehlsverfahren unter den jeweils speziellen Voraussetzungen als Beweismittel dienen und durchaus strafzumessungsrelevant sein. Wird im Strafbefehlsverfahren ein Geständnis vorausgesetzt, so kann dieses aber nur die Wirkung einer prozessualen Handlung in Form einer Konsenserklärung über den Sachverhalt haben.
- 547 Die Strafbefehlsbehörde muss dann in einem einfachen Fall mit klarer Beweislast aufgrund der Akten von der Schuld des Beschuldigten überzeugt sein. Ob sie nun aufgrund eines glaubhaften Geständnisses (in seiner Beweis- oder Indizfunktion) oder aufgrund anderer Ermittlungsergebnisse zur Überzeugung gelangt, ist irrelevant. Darüber hinaus wird – aufgrund der Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens – ein Konsens über den Sachverhalt benötigt. Diese Erklärung *kann* natürlich bereits in einem vorliegenden Beweisgeständnis enthalten sein. Damit wird dem Beschuldigten zu erkennen gegeben, dass eine Aufklärung der Tat erfolgt ist, soweit es in einem schriftlichen Verfahren möglich ist. Ist das Ermittlungsergebnis dennoch fehlerhaft, kann der Beschuldigte, welcher diese Einwände ansonsten in der Hauptverhandlung anbringen (lassen) würde, in einer Einvernahme vor Erlass des Strafbefehls opponieren oder, ist er mit dem Ergebnis einverstanden, den Sachverhalt anerkennen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann die Behörde im Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens einen Strafbefehl erlassen. Erhebt der Beschuldigte innert Frist keine Einsprache, gilt dies als Verzicht auf ein Normalverfahren und gleichzeitig als verstärkender Konsens – nun auch in Bezug auf die Art des Verfahrens und das Verfahrensergebnis.¹³¹²
- 548 Das Geständnis kann als Begriff nicht mehr und nicht weniger sein, als ein Überbegriff für Aussagen des Beschuldigten zum Tatgeschehen. Da dieses Beschuldigtenverhalten in verschiedenen Formen und Funktionen verwendet wird, darf der Begriff nicht generalisiert verwendet, sondern sollte jeweils möglichst

¹³¹² Ein diesem Vorgehen entsprechendes Prinzip ist im Zivilprozess beim Fristablauf nach Vergleich mit Widerrufsvorbehalt erkennbar.

präzis umschrieben werden. Danach wäre ein «Strafbefehlsgeständnis» eine ausdrückliche und abschliessende Erklärung des Beschuldigten anlässlich einer Anhörung durch die Strafbefehlsbehörde, in welcher er den ihm vorgeworfenen Sachverhalt als vollständig richtig anerkennt. Vor dieser Erklärung müsste der Beschuldigte über seine Rechte und darüber belehrt werden, dass seine Erklärung nicht als Beweismittel gilt.

Da das Strafbefehlsgeständnis nicht als Beweismittel gewürdigt werden soll, 549 tangiert es weder das Prinzip der Unschuldsvermutung noch jenes der freien Beweiswürdigung. Auch kommt es nicht in Konflikt mit dem *Nemo-tenetur*-Grundsatz, da es erstens nicht strafzumessungsrelevant ist und zweitens in einem Zeitpunkt abgelegt wird, in dem der Beschuldigte nicht mehr zu seiner eigenen Überführung beitragen muss, um keinen Nachteil in Kauf zu nehmen. Auch der Entlastungszweck des Strafbefehlsverfahrens wird (in Deutschland) durch eine erwartete Senkung der Einsprachequote zumindest mittelfristig nicht berührt. Für die Schweiz zeigt die heutige Praxis der zürcherischen Strafbefehlsbehörden, dass ein solches Vorgehen ressourcentechnisch durchaus möglich wäre. Liegt ein Strafbefehlsgeständnis vor, kann der Staatsanwalt/Richter den vorbereiteten Strafbefehl auch sogleich mündlich eröffnen und erläutern. Danach bleibt dem Beschuldigten noch immer die Möglichkeit der Einsprache, wenn er mit den Rechtsfolgen oder der Art des Verfahrens nicht einverstanden ist.

Weitere Vorteile einer solchen Geständnisvoraussetzung sind die Verbesserung 550 der Kommunikation, die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor dem Entscheid sowie die mögliche mündliche Begründung und Belehrung bei direkter Übergabe des Strafbefehls. Mit der so erreichten Verminderung der Fehleranfälligkeit bezüglich des Sachverhalts und einer stückweisen Kompensation der strukturellen Garantiedefizite kann mit diesem simplen Institut verhältnismässig viel erreicht werden. Auch ist anzunehmen, dass der Beschuldigte, der den Sachverhaltsvorwurf bestätigt und den Strafbefehl erläutert und begründet erhalten hat, danach in einer Position steht, die es ihm erlaubt, freiwillig auf ein gerichtliches Verfahren zu verzichten oder sich gegen die Verfahrensart zu wehren und das endgültige Verfahrensergebnis (rechtliche Würdigung und Strafzumessung) von einem Gericht neu beurteilen zu lassen.

Zusammenfassung

Beim Strafbefehlsverfahren handelt es sich um ein summarisches Strafverfahren, bei welchem durch den Wegfall der Hauptverhandlung eine Beschleunigung erreicht wird. Die allgemeinen Bestimmungen und Grundsätze des Strafverfahrensrechts sind anwendbar, sofern sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden oder dem Sinn und Zweck des Strafbefehlsverfahrens, und damit einer verhältnismässigen und ökonomischen Verfahrenserledigung, entgegenstehen. Im Unterschied zu den anderen vereinfachten Verfahren handelt es sich beim Strafbefehlsverfahren um einen traditionellen Entlastungsmechanismus für den Deliktsbereich der Kleinkriminalität. Jedoch wurde und wird dessen Anwendungsbereich immer weiter ausgedehnt. Heute ergehen in der Schweiz über 90% der rechtskräftigen Verurteilungen mittels Strafbefehl, in Deutschland sind es rund 50%.¹³¹³ 551

Beim Strafbefehlsverfahren handelt es sich um ein schriftliches Strafverfahren, welches aufgrund wegfallender Hauptverhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet. Während in der Schweiz wenigstens eine eingeschränkte Urteilsöffentlichkeit gewahrt bleibt, mangelt es an einer solchen in Deutschland. Eine unmittelbare Beweisaufnahme entfällt in beiden Ländern.¹³¹⁴ Für den Erlass eines Strafbefehls bedarf es eines abgeschlossenen Vorverfahrens. Während sich das deutsche Vorverfahren vor einem Strafbefehlsantrag nicht von demjenigen vor einer Anklage unterscheidet, wird in der Schweiz bei erwartetem Strafbefehl auf die formelle Untersuchungseröffnung verzichtet. Zwar hat dies keine direkten Auswirkungen auf die Rechte des Beschuldigten, wirkt sich aber bedeutend auf die Beteiligungsrechte des Verletzten aus.¹³¹⁵ In der Schweiz wird der Strafbefehl vom Staatsanwalt oder einem seiner Mitarbeiter erlassen, wobei diesen kein Ermessen bezüglich der Wahl zwischen Anklage und Strafbefehl zusteht. In Deutschland wird der Strafbefehl vom Staatsanwalt beim zuständigen Richter beantragt, wobei ersterem bei der Entscheidung bezüglich der Verfahrensart faktisch ein weites Ermessen zukommt. Der Richter erlässt den Strafbefehl antragsgemäss, wenn er eine Hauptverhandlung nicht für notwendig erachtet. Ohne Einverständnis des Staatsanwaltes kann er vom Antrag nicht abweichen.¹³¹⁶ Für den Erlass eines Strafbefehls wird in beiden Ländern eine Überzeugung der entscheidenden Behörde von der Schuld des Beschuldigten verlangt, welche allerdings mangels Hauptverhandlung auf einer qualitativ minderwertigen, da fehleranfälligen Erkenntnisgrundlage beruht und als Aktenüber- 552

¹³¹³ Siehe dazu vorne N 35 ff.

¹³¹⁴ Siehe dazu vorne N 132 ff.

¹³¹⁵ Siehe dazu vorne N 160 ff., 329.

¹³¹⁶ Siehe dazu vorne N 269 ff.

zeugung bezeichnet werden kann.¹³¹⁷ Einer vorgängigen Anhörung des Beschuldigten durch die Strafbefehlsbehörde bedarf es (ausser in einem zürcherischen Ausnahmefall) keine.¹³¹⁸ Im zürcherischen Recht werden Adhäsionsansprüche des Geschädigten im Strafbefehlsverfahren beurteilt, gemäss schweizerischer Strafprozessordnung lediglich die anerkannten Zivilansprüche im Strafbefehl vorgemerkt, womit ein Rechtsöffnungstitel geschaffen wird. In Deutschland ist eine adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen ausgeschlossen.¹³¹⁹ Der Strafbefehl gilt in beiden Ländern direkt nach Erlass als suspensiv bedingtes Urteil, welches durch Einsprache aufgehoben werden kann. Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl nach Ablauf der Frist zum rechtskräftigen Urteil, wobei in Deutschland der Umfang der Rechtskraft durch besondere Wiederaufnahmebedingungen eingeschränkt ist. Inhaltlich muss der Strafbefehl in der Schweiz grundsätzlich einem Urteil entsprechen, in Deutschland den Anforderungen an eine Anklageschrift. Jedoch gilt für beide Länder, dass der Strafbefehl keine ausführliche Begründung und über die Thematik des Rechtsbehelfs hinaus keine Belehrungen enthalten muss. Der Strafbefehl wird in beiden Ländern schriftlich eröffnet und mitgeteilt.¹³²⁰

- 553 Obschon sich Ziele und Ergebnis entsprechen, weist das Strafbefehlsverfahren in beiden Ländern massive Abweichungen vom Normalverfahren auf. Diese führen zu Garantiedefiziten, wenn sie die Minimalgarantien eines rechtsstaatlichen Strafprozesses unterlaufen. Erkannt wurde aber, dass das Normalverfahren bei der strikten Unmittelbarkeit im deutschen Recht über die Mindestanforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren hinausgeht und diesbezüglich durchaus Verkürzungen und Abschwächungen zulässig sind. Insgesamt wurde jedoch sichtbar, dass das Strafbefehlsverfahren auch Defizite mit sich bringt, welche dazu führen, dass das Strafbefehlsverfahren in einem ersten Schritt die Minimalgarantien nicht mehr gewährleisten kann. Dabei wurden verschiedene Kategorien von Defiziten erkannt.¹³²¹
- 554 Unterschieden wurde zunächst zwischen Defiziten, welche mit der eigentlichen Struktur des Strafbefehlsverfahrens zusammenhängen und nicht behoben werden könnten, ohne dass das Strafbefehlsverfahren in der heutigen Form in Frage gestellt werden müsste und solche, die behoben werden können. Zu den ersteren, strukturellen Defiziten gehören die fehlende Verhandlungsöffentlichkeit, die fehlende Mündlichkeit, die fehlende Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (insbesondere in Deutschland), die fehlende Unbefangenheit der entscheidenden Behörde (in der Schweiz), die fehlende Anklageerhebung (in der Schweiz) und die

¹³¹⁷ Siehe dazu vorne N 213 ff.

¹³¹⁸ Siehe dazu vorne N 315 ff.

¹³¹⁹ Siehe dazu vorne N 324 ff.

¹³²⁰ Siehe dazu vorne N 230 ff.

¹³²¹ Siehe dazu vorne N 337.

erhöhte Fehleranfälligkeit. Bei den nichtstrukturellen Defiziten existieren zum einen solche, die zwar ebenfalls schon immer Teil des Strafbefehlsverfahrens waren, jedoch durchaus behebbar sind (Bindung des Richters an den Strafbefehlsantrag [in Deutschland], fehlende generelle Pflicht zur Anhörung des Beschuldigten, fehlende Urteilsöffentlichkeit [in Deutschland]). Ferner kamen Defizite hinzu, welche erst im Laufe der Zeit in Abänderung der Strafbefehlsregelungen, meist aufgrund von Effizienzüberlegungen, entstanden sind (Abschaffung der Pflicht zur Begründung des Strafbefehls, Abschaffung der Pflicht zur Untersuchungseröffnung auch bei erwartetem Strafbefehl [in der Schweiz], Einführung erweiterter Wiederaufnahmegründe [in Deutschland]). Und schliesslich wurden Defizite sichtbar, die daraus entstanden sind, dass mit Änderungen von (Strafbefehls-)Bestimmungen weitergehende Vorschriften hätten eingeführt werden müssen, was jedoch unterlassen wurde (Belehrung über die Natur der bedingten Strafe, Belehrung über die Natur der gemeinnützigen Arbeit, mangelhafte Berücksichtigung der Verletztenrechte). Diese nichtstrukturellen Defizite sind allesamt zu beheben bzw. rückgängig zu machen.

Für die strukturellen Defizite, welche nicht behoben werden können, sieht das Konzept des Strafbefehlsverfahrens systemimmanente Aufwertungen vor. Die Untersuchung der besonderen Vorteile und strukturellen Sicherungen hat ergeben, dass diese die strukturellen Defizite bis zu einem gewissen Grad auszugleichen vermögen. Jedoch konnte weder in der Effizienz und Verhältnismässigkeit noch in der Diskretion und Kostengünstigkeit des Verfahrens ein so bedeutender Vorteil gesehen werden, dass die Defizite damit gerechtfertigt wären.¹³²² Der abstrakte Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens hat sich zudem als zu weit, zu unbestimmt und zu dynamisch erwiesen, als dass die Defizite mit dem «Bagatelldarakter» des Strafbefehlsverfahrens legitimiert werden könnten.¹³²³ Dass das Verfahren nur auf besonders geeignete, da einfache Fälle angewendet wird, was eine legitimierende Wirkung haben könnte, kann nach geltendem Recht nicht behauptet werden. Die theoretische Einschränkung auf die Geeignetheit der Sache im Sinne einer klaren Beweislage ist immerhin ein Schritt in die richtige Richtung.¹³²⁴ Des Weiteren wurde der effektiv eingelegte Rechtsbehelf der Einsprache für den Ausgleich der Defizite als wertlos angesehen, da gerade das Nichtergreifen des Rechtsbehelfs bezweckt wird, also nur die Unterlassung der Einsprache als Sicherung berücksichtigt werden kann.¹³²⁵ Schliesslich wurde auch dieses letzte Argument der Einspracheunterlassung im Sinne eines Verzichts auf die Verfahrensprinzipien als Ausgleich für die Defizite gleich aus mehreren Gründen entkräftet. So fehlt es bei den einzelnen Defiziten entweder

¹³²² Siehe dazu vorne N 340 ff.

¹³²³ Siehe dazu vorne N 359 ff.

¹³²⁴ Siehe dazu vorne N 409 ff.

¹³²⁵ Siehe dazu vorne N 421 ff.

an der Dispositionsbefugnis des Beschuldigten (bspw. Öffentlichkeit), an der effektiven Wahlfreiheit (bspw. Unmittelbarkeit der Beweisabnahme im deutschen Recht) oder dann an der Freiwilligkeit und Form des konkreten Verzichts.¹³²⁶

- 556 Nachdem die Behebung der (realistischerweise behebbaren) Mängel bereits im 2. Teil gefordert wurde und die im 3. Teil dargelegten systemimmanenten Vorteile und Sicherungen die strukturellen Defizite nur bis zu einem gewissen Grad zu legitimieren vermochten, verblieben noch grundlegende Defizite, welche nach einem anderen Ausgleich bzw. einer Aufwertung des Verfahrens verlangten. Dafür wurden zunächst innerhalb der strukturellen Sicherungen klarere Grenzen des Anwendungsbereichs, die Entfernung der Freiheitsstrafe als Rechtsfolge aus dem Strafbefehlsverfahren, Verbesserungen bei den Einspracheregelungen und den Regelungen des Verfahrens nach Einsprache sowie die Einführung einer konkreten Eignungsvoraussetzung gefordert.
- 557 Ungelöst blieb dabei aber das Problem der Fehleranfälligkeit des Verfahrens, welche aus zahlreichen kleinen Defiziten hervorgeht und vorstehend immer wieder als Folge mangelnder Kommunikation und Beteiligung wahrgenommen werden konnte. Zur Begegnung einer solchen wurde schliesslich die Voraussetzung eines Geständnisses geprüft.¹³²⁷ Dabei wurde zunächst erkannt, dass die heutigen Regelungen im Wortlaut abzulehnen sind. Sodann wurde festgestellt, dass ein Geständnis im Strafbefehlsverfahren, wie im Normalverfahren, unter den jeweiligen Voraussetzungen als Beweismittel dienen und strafzumessungsrelevant sein kann, ein zwingend vorausgesetztes Geständnis aber nur eine Art Prozesshandlung sein darf. Es stellt dabei eine Konsenserklärung über den Sachverhalt dar.¹³²⁸
- 558 So muss die Strafbefehlsbehörde in einem einfachen Fall mit klarer Beweislage aufgrund der Akten von der Schuld des Beschuldigten überzeugt sein. Ob sie aufgrund eines Beweisgeständnisses oder aufgrund anderer Ermittlungsergebnisse zur Überzeugung gelangt, ist irrelevant. Darüber hinaus benötigt sie – aufgrund der Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens – eine Art Geständnis über den Sachverhalt. Dieses gilt dann als eine Bestätigung seitens des Beschuldigten dafür, dass der Staat trotz des schriftlichen Verfahrens den Sachverhalt richtig geklärt hat und kann bei Vorliegen eines Beweisgeständnisses bereits darin enthalten sein. Sind die übrigen Voraussetzungen erfüllt, kann ein Strafbefehl ergehen. Erhebt der Beschuldigte keine Einsprache, kann dies dann als Verzicht auf ein Normalverfahren und gleichzeitig als verstärkender Konsens, nun auch in Bezug auf die Art und das Ergebnis des Verfahrens, gelten. Ist das Ermitt-

¹³²⁶ Siehe dazu vorne N 444 ff.

¹³²⁷ Siehe dazu vorne N 475 ff.

¹³²⁸ Siehe dazu vorne N 530 ff.

lungsergebnis hingegen fehlerhaft, so kann der Beschuldigte noch vor Erlass des Strafbefehls opponieren.

Demzufolge ist das Strafbefehlsgeständnis eine ausdrückliche und abschliessende Erklärung des Beschuldigten anlässlich einer Anhörung durch die Strafbefehlsbehörde, in welcher er den ihm vorgeworfenen Sachverhalt als vollständig richtig anerkennt. Dafür bedarf es einer vorgängigen Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte und darüber, dass seine Erklärung nicht als Beweismittel gilt.¹³²⁹ 559

Da diese Erklärung nicht als Beweismittel gewürdigt werden soll, tangiert sie weder das Prinzip der Unschuldsvermutung noch jenes der freien Beweiswürdigung. Auch kommt sie mit dem *Nemo-tenetur*-Grundsatz nicht in Konflikt, da sie nicht strafzumessungsrelevant ist und überdies in einem Zeitpunkt abgelegt wird, in dem der Beschuldigte nichts mehr zu seiner eigenen Überführung beitragen kann. Auch der Entlastungszweck des Strafbefehlsverfahrens wird (in Deutschland) durch eine erwartete Senkung der Einsprachequote zumindest mittelfristig nicht berührt. Für die Schweiz zeigt die heutige Praxis der zürcherischen Strafbefehlsbehörden, dass ein solches Vorgehen ressourcentechnisch möglich wäre.¹³³⁰ Liegt eine solche Erklärung vor, kann der vorbereitete Strafbefehl auch sogleich mündlich eröffnet und erläutert werden. 560

Weitere Vorteile einer solchen Erklärung liegen in der Verbesserung der Kommunikation, der Gewährung des rechtlichen Gehörs vor dem Entscheid und der möglichen mündlichen Begründung und Belehrung bei direkter Übergabe des Strafbefehls. Dieses Vorgehen würde im Übrigen auch zu einer psychologischen Legitimation der Verurteilung verhelfen. 561

¹³²⁹ Siehe dazu vorne N 540.

¹³³⁰ Siehe dazu vorne N 541.

Anhang

zhStPO

§ 317 zhStPO

1 Hat der Angeschuldigte in Fällen bezirksgerichtlicher Zuständigkeit den Sachverhalt eingestanden, erlässt der Staatsanwalt anstelle der Anklage einen Strafbefehl, wenn er eine der folgenden Sanktionen für ausreichend hält:

- a. eine Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten,
- b. eine Geldstrafe von höchstens 90 Tagessätzen,
- c. die Leistung gemeinnütziger Arbeit von höchstens 360 Stunden oder
- d. eine Busse.

2 Die Sanktionen gemäss Abs. 1 können mit einer in Art. 105 Abs. 3 StGB nicht genannten anderen Massnahme verbunden werden. In den Fällen gemäss Abs. 1 lit. a–c kann zusätzlich eine Busse ausgesprochen werden.

3 Ein Beauftragter gemäss § 25 Abs. 3 kann Strafbefehle im Rahmen seiner Zuständigkeit erlassen. Kommt ein Widerruf des bedingten Strafvollzuges einer Freiheitsstrafe oder die Anordnung einer vollziehbaren Freiheitsstrafe in Frage, so ist der Staatsanwalt ausschliesslich zu-

chStPO

Art. 352 chStPO

1 Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie, unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Strafe oder bedingten Entlassung, eine der folgenden Strafen für ausreichend hält:

- a. eine Busse;
- b. eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen;
- c. eine gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden;
- d. eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten.

2 Jede dieser Strafen kann mit einer Massnahme nach den Artikeln 66–73 StGB verbunden werden.

3 Strafen nach Absatz 1 Buchstaben b–d können miteinander verbunden werden, sofern die insgesamt ausgesprochene Strafe einer Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten entspricht. Eine Verbindung mit Busse ist immer möglich.

dStPO

§ 407 dStPO

(1) Im Verfahren vor dem Strafrichter und im Verfahren, das zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehört, können bei Vergehen auf schriftlichen Antrag der Staatsanwaltschaft die Rechtsfolgen der Tat durch schriftlichen Hauptverhandlung festgesetzt werden. Die Staatsanwaltschaft stellt diesen Antrag, wenn sie nach dem Ergebnis der Ermittlungen eine Hauptverhandlung nicht für erforderlich erachtet. Der Antrag ist auf bestimmte Rechtsfolgen zu richten. Durch ihn wird die öffentliche Klage erhoben.

(2) Durch Strafbefehl dürfen nur die folgenden Rechtsfolgen der Tat, allein oder nebeneinander, festgesetzt werden:

- 1. Geldstrafe, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Fahrverbot, Verfall, Einziehung, Vernichtung, Unbrauchbarmachung, Bekanntgabe der Verurteilung und Geldbusse gegen eine juristische Person oder Personen-

ständig. In diesen Fällen hat er den Angeschuldigten vorgängig zur Sache zu befragen und zu den Rechtsfolgen einzuvernehmen.

4 Übersteigt die im Falle des Widerrufs gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB zu bildende Gesamtstrafe die Dauer von drei Monaten oder die Höhe von 90 Tagessätzen Geldstrafe oder die Leistung von 360 Stunden gemeinnütziger Arbeit, erhebt der Staatsanwalt beim zuständigen Gericht Anklage.

5 Zivilansprüche von Geschädigten gegenüber dem Angeschuldigten können unabhängig von der Art der zu beurteilenden Straftat auf den Zivilweg verwiesen werden, wenn auf Grund der Akten und Vorbringen der Parteien kein sofortiger Entscheid über die Ansprüche möglich ist.

vereinigung,

2. Entziehung der Fahrerlaubnis, bei der die Sperre nicht mehr als zwei Jahre beträgt, sowie

3. Absehen von Strafe.

Hat der Angeschuldigte einen Verteidiger, so kann auch Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr festgesetzt werden, wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird.

(3) Der vorherigen Anhörung des Angeschuldigten durch das Gericht (§ 33 Abs. 3) bedarf es nicht.

§ 408

(1) Hält der Vorsitzende des Schöffengerichts die Zuständigkeit des Strafrichters für begründet, so gibt er die Sache durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft an diesen ab; der Beschluss ist für den Strafrichter bindend, der Staatsanwaltschaft steht sofortige Beschwerde zu. Hält der Strafrichter die Zuständigkeit des Schöffengerichts für begründet, so legt er die Akten durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft dessen Vorsitzenden zur Entscheidung vor.

(2) Erachtet der Richter den Angeschuldigten nicht für hinreichend verdächtig, so lehnt er den Erlass eines Strafbefehls ab. Die Entscheidung

steht dem Beschluss gleich, durch den die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist (§§ 204, 210 Abs. 2, § 211).

(3) Der Richter hat dem Antrag der Staatsanwaltschaft zu entsprechen, wenn dem Erlass des Strafbefehls keine Bedenken entgegenstehen. Er beraumt Hauptverhandlung an, wenn er Bedenken hat, ohne eine solche zu entscheiden, oder wenn er von der rechtlichen Beurteilung im Strafbefehlsantrag abweichen oder eine andere als die beantragte Rechtsfolge festsetzen will und die Staatsanwaltschaft bei ihrem Antrag beharrt. Mit der Ladung ist dem Angeklagten eine Abschrift des Strafbefehlsantrags ohne die beantragte Rechtsfolge mitzuteilen.

§ 408b

Erwägt der Richter, dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Erlass eines Strafbefehls mit der in § 407 Abs. 2 Satz 2 genannten Rechtsfolge zu entsprechen, so bestellt er dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, einen Verteidiger. § 141 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung.

§ 318 zhStPO

Im Strafbefehl werden aufgeführt:

1. das dem Angeschuldigten zur Last gelegte Verhalten und die dadurch erfüllten Straftatbestände;
2. die Beweismittel;
3. die festgesetzte Strafe und der kurz begründete Entscheid über die Gewährung des bedingten Strafvollzugs;
4. der Entscheid über die Kosten, die Prozessschädigung sowie die Zivilansprüche, sofern der Geschädigte nicht auf den Zivilweg verwiesen wird;
5. die Anordnung von Freigabe oder Einziehung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte.

Art. 353 chStPO

1 Der Strafbefehl enthält:

- a. die Bezeichnung der verfügenden Behörde;
- b. die Bezeichnung der beschuldigten Person;
- c. den Sachverhalt, welcher der beschuldigten Person zur Last gelegt wird;
- d. die dadurch erfüllten Straftatbestände;
- e. die Sanktion;
- f. den kurz begründeten Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Sanktion oder einer bedingten Entlassung;
- g. die Kosten- und Entschädigungsfolgen;
- h. die Bezeichnung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte, die freigegeben oder eingezogen werden;
- i. den Hinweis auf die Möglichkeit der Einsprache und die Folgen einer unterbliebenen Einsprache;
- j. Ort und Datum der Ausstellung;
- k. die Unterschrift der ausstellenden Person.

2 Soweit die beschuldigte Person Zivilforderungen der Privatklägerschaft anerkannt hat, wird dies im Strafbefehl vorge-merkt. Nicht anerkannte Forderungen werden auf den Zivilweg verwiesen.

3 Der Strafbefehl wird

§ 409 dStPO

(1) Der Strafbefehl enthält

1. die Angaben zur Person des Angeklagten und etwaiger Nebenbeteiligter,
2. den Namen des Verteidigers,
3. die Bezeichnung der Tat, die dem Angeklagten zur Last gelegt wird, Zeit und Ort ihrer Begehung und die Bezeichnung der gesetzlichen Merkmale der Straftat,
4. die angewendeten Vorschriften nach Paragraph, Absatz, Nummer, Buchstabe und mit der Bezeichnung des Gesetzes,
5. die Beweismittel,
6. die Festsetzung der Rechtsfolgen,
7. die Belehrung über die Möglichkeit des Einspruchs und die dafür vorgeschriebene Frist und Form sowie den Hinweis, dass der Strafbefehl rechtskräftig und vollstreckbar wird, soweit gegen ihn kein Einspruch nach § 410 eingelegt wird. Wird gegen den Angeklagten eine Freiheitsstrafe verhängt, wird er mit Strafvorbehalt verwahrt oder wird gegen ihn ein Fahrverbot angeordnet, so ist er zugleich nach § 268a Abs. 3 oder § 268c Satz 1 zu be-

§ 320

Der Strafbefehl wird dem Bestraften, dem Leitenden Staatsanwalt und dem Geschädigten schriftlich mitgeteilt.

§ 321

1 Binnen zehn Tagen nach der schriftlichen Mitteilung können der Bestrafte, der Leitende Staatsanwalt und der Geschädigte gegen den Strafbefehl beim zuständigen Staatsanwalt zuhanden des Einzelrichters Einsprache erheben.

2 Mit ihr müssen die Abänderungsanträge verbunden werden.

3 Richtet sich die Einsprache nur gegen die Bestimmung über Kosten, Entschädigung und Schadenersatz, so muss sie schriftlich begründet werden.

§ 325

1 Der Strafbefehl erlangt die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, soweit nicht rechtzeitig Einsprache erhoben worden ist oder wenn die Einsprache zurückgezogen wurde.

2 Diese Bestimmung wird in den Strafbefehl aufgenommen.

den Personen und Behörden, die zur Einsprache befugt sind, unverzüglich schriftlich eröffnet.

Art. 354

1 Gegen den Strafbefehl können bei der Staatsanwaltschaft innert 10 Tagen schriftlich Einsprache erheben:

a. die beschuldigte Person;

b. weitere Betroffene;

c. soweit vorgesehen die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft des Bundes oder des betreffenden Kantons im jeweiligen eidgenössischen oder kantonalen Verfahren.

2 Die Einsprachen sind zu begründen; ausgenommen ist die Einsprache der beschuldigten Person.

3 Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil.

lehren. § 111i Abs. 2 sowie § 267 Abs. 6 Satz 2 gelten entsprechend.

(2) Der Strafbefehl wird auch dem gesetzlichen Vertreter des Angeklagten mitgeteilt.

§ 410

(1) Der Angeklagte kann gegen den Strafbefehl innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung bei dem Gericht, das den Strafbefehl erlassen hat, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle Einspruch einlegen. Die §§ 297 bis 300 und § 302 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 gelten entsprechend.

(2) Der Einspruch kann auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden.

(3) Soweit gegen einen Strafbefehl nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, steht er einem rechtskräftigen Urteil gleich.

§ 322.

1 Der Staatsanwalt nimmt die zur Beurteilung der Einsprache notwendigen Beweise ab.

2 Hält er an seinem Strafbefehl fest, überweist er die Einsprache und die Akten dem Einzelrichter zur Beurteilung. Der Strafbefehl ersetzt die Anklage.

3 Der Staatsanwalt kann statt dessen Anklage erheben, erneut einen Strafbefehl erlassen oder das Verfahren einstellen.

Art. 355

1 Wird Einsprache erhoben, so nimmt die Staatsanwaltschaft die weiteren Beweise ab, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind.

2 Bleibt eine Einsprache erhebende Person trotz Vorladung einer Einvernahme unentschuldigt fern, so gilt ihre Einsprache als zurückgezogen.

3 Nach Abnahme der Beweise entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob sie:

- a. am Strafbefehl festhält;
- b. das Verfahren einstellt;
- c. einen neuen Strafbefehl erlässt;
- d. Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erhebt.

§ 323

1 Nach Eingang der Akten ordnet der Einzelrichter die Hauptverhandlung an.

2 Bezieht sich die Einsprache nur auf die Kosten, die Prozessentschädigung oder die Schadenersatzforderung, so kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.

§ 323a [...]

Art. 356

1 Entschliesst sich die Staatsanwaltschaft, am Strafbefehl festzuhalten, so überweist sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens. Der Strafbefehl gilt als Anklageschrift.

2 Das erstinstanzliche Gericht entscheidet über die Gültigkeit des Strafbefehls und der

§ 411

(1) Ist der Einspruch verspätet eingelegt oder sonst unzulässig, so wird er ohne Hauptverhandlung durch Beschluss verworfen; gegen den Beschluss ist sofortige Beschwerde zulässig. Andernfalls wird Termin zur Hauptverhandlung anberaumt. Hat der Angeklagte seinen Einspruch auf die Höhe der Tagessätze einer

§ 324

Die Einsprache kann bis zum Beginn der Hauptverhandlung zurückgezogen werden.

Einsprache.

3 Die Einsprache kann bis zum Abschluss der Parteivorträge zurückgezogen werden.

4 Bleibt die Einsprache erhebende Person der Hauptverhandlung unentschuldigt fern und lässt sie sich auch nicht vertreten, so gilt ihre Einsprache als zurückgezogen.

5 Ist der Strafbefehl ungültig, so hebt das Gericht ihn auf und weist den Fall zur Durchführung eines neuen Vorverfahrens an die Staatsanwaltschaft zurück.

6 Bezieht sich die Einsprache nur auf die Kosten und Entschädigungen oder weitere Nebenfolgen, so entscheidet das Gericht in einem schriftlichen Verfahren, es sei denn, die Einsprache erhebende Person verlange ausdrücklich eine Verhandlung.

7 Sind gegen mehrere Personen Strafbefehle erlassen worden, die sich auf den gleichen Sachverhalt beziehen, so ist Artikel 392 sinngemäss anwendbar.

festgesetzten Geldstrafe beschränkt, kann das Gericht mit Zustimmung des Angeklagten, des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft ohne Hauptverhandlung durch Beschluss entscheiden; von der Festsetzung im Strafbefehl darf nicht zum Nachteil des Angeklagten abgewichen werden; gegen den Beschluss ist sofortige Beschwerde zulässig.

(2) Der Angeklagte kann sich in der Hauptverhandlung durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten lassen. § 420 ist anzuwenden.

(3) Die Klage und der Einspruch können bis zur Verkündung des Urteils im ersten Rechtszug zurückgenommen werden. § 303 gilt entsprechend. Ist der Strafbefehl im Verfahren nach § 408a erlassen worden, so kann die Klage nicht zurückgenommen werden.

(4) Bei der Urteilsfällung ist das Gericht an den im Strafbefehl enthaltenen Ausspruch nicht gebunden, soweit Einspruch eingelegt ist.

§ 412

Ist bei Beginn einer Hauptverhandlung der Angeklagte weder erschienen noch durch ei-

nen Verteidiger vertreten und ist das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt, so ist § 329 Abs. 1, 3 und 4 entsprechend anzuwenden. Hat der gesetzliche Vertreter Einspruch eingelegt, so ist auch § 330 entsprechend anzuwenden.

§ 326 [...]

§ 408a [...]

Sachregister

Zahlen verweisen auf die Randnummern.

A

Aargau 76, 116 (Fn. 288), 222 (Fn. 532), 237 (Fn. 582), 272 (Fn. 662), 485 f., 488 (Fn. 1199)
Abgekürztes Verfahren **84 ff.**, 92, 508, 513
Ablehnung
- des Ordnungsbussenverfahrens 116
- des Strafbefehlsantrages 223, **280 f.**, 302
Absehen von Strafe 110 (Fn. 273), 371
Absprache 8, 11, **83 ff.**, 127, 309, 391, 440, 490, 522
Abwägung 56 f., 138, **340 ff.**
Adhäsionsverfahren **324 ff.**, 552
Administrativbehörde 113, 140, 242, 287, 356
Administrativjustiz 60
Administrativmassnahmen 356
Administrativverfahren 60, 75, 242
Adversarisches Verfahren s. *Anklageprozess*
Akten 86, 113, 129, **147 ff.**, 165, 171, 178 ff., 259, 279, 393, 398 f., 483 ff., 500
- *Aktenkundigkeit* 247
- *Einsicht* 141, 173, 192, 210, 216, 226 ff., 545
- *Geständnis* s. *Geständnis*
- *Überzeugung* 214 ff., 280, 302, 410, 477, 531

Alternativentwurf 44, **487 ff.**
Alternativgeständnis s. *Geständnis*
Ambulante Massnahme/Behandlung 370
Amtsgericht s. *Gericht*
Amtsrichter s. *Richter*
Anhörung 1, 10, 15, 129, 184, 191, 298, **315 ff.**, 392, 531, 540, 544 ff.
Anklage 51, 60, 86, 125 f.
Anklageerhebung 160, 176, 197, 208, 271, 430, 544, 554
Anklagegrundsatz 3, 38, 282 f., **304 ff.**, 351, 448, 456, 469
Anklageprozess 23 (Fn. 47), 62 ff., 297, 449, 530
Anklageschrift 85 f., 113, 165, 239, 242, 263, 279, 304 ff., 504, 552
Anwendungsbereich 10 ff., **66 ff.**, 184 ff., 271 f., 308, 339, 348 f., **359 ff.**, 472 ff., 531, 551, 555 f.
Aufklärungspflicht 78, 435, 511
Aufsicht
- *disziplinarische* 299
Auslegung 50 f., 517
Ausstand 301
Ausübungsverzicht 444, 448

B

Bagatelle 11 f., 80, 348, **362 ff.**, 472, 555
Bedingung

- *negative* 443
 - *suspensive* 552
 Begründung 86, 113, 143
 - *Einsprache* 426
 - *Einspruch* 427
 - *Geschädigtenansprüche* 326, 330
 - *Strafbefehl* 237 ff., 263 ff., 337
 - *Strafzumessung* 240, 251, 264
 - *Urteil* 240 ff., 504
 Behörde *s. Zuständigkeit*
 - *vorgelagerte* 287 ff.
 Belehrung 336 ff., 471, 550
 - *über Bewährung* 243 ff., 264, 554
 - *über Einspracherecht* 467
 - *über gemeinnützige Arbeit* 244
 - *über Rechte* 534, 540
 - *über reformatio in peius* 436, 464
 Bern 48 (Fn. 91), 258 (Fn. 640), 442 (Fn. 1090)
 Beschleunigtes Verfahren
 - *Regelung* 99 f.
 - *Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren* 101 f., 123, 418, 460
 Beschleunigung 42, 52, 82 ff., 122, 132, 221, 228, 351, 500 ff., 513, 545, 551
 Beschuldigtenrechte 180, **201 ff.**
 Beschwerde 280, 301
 Beschwerdepunkte 73, 427
 Bewährung
 - *bedingte Strafe* 73, 240, 354, 373 ff., 392 f.
 - *Belehrung s. Belehrung*
 - *Hilfe* 240
 - *Prognose* 385, **399**
 - *Widerruf* 238, 241, 270, 316, **373 ff.**
 - *Zweck* 385, **400 ff.**
 Beweis
 - *Beweiskraft* 528 f.

- *Beweismittel* 66, 86, 144, 149 f., 179, 192, 218 f., 237 ff., 259, 418, 432, 475, 490, 519 ff.
 - *Beweiswert* 418, 514, 525, 487
 - *freie Beweiswürdigung* 475, 529, 542
 Bewirkungserklärung 530
 Bezirksgericht 34, 286, 366, 388, 503
 Busse 12, 51, 112, 118, 360, 370 f.
 Bussenliste 116

D

Delegation
 - *Einvernahmekompetenz* 178 ff.
 - *Erledigungskompetenz* 9 f., 271 ff.
 Delikt
 - *Deliktsart* 83, 117, 360, **366 ff.**, 386 f.
 - *Deliktobetrag* 387
 - *Deliktskatalog* **366 ff.**, 388 f., 405
 Devolutiveffekt 421
 Diversion 544 (Fn. 1310)
 Dolmetscher 253 ff., 268, 316, 467
 Drittbetroffene 423

E

Effizienz 42, 180, 322, 332
 - *Abwägungen* 56 ff.
 - *Bestrebungen* 10, 23, 74, 164, 197, 241, 271, 364, 377, 472, 554 f.
 Ehrverletzung 34
 Eignung 229, 308, **409 ff.**
 Einfachheit der Sache 410 ff.
 Einsprache 1, 14 ff., 29, **421 ff.**
 - *Belehrung* 238 f., 243 ff.
 - *Berechtigung* 271, 298, 330 ff., **423 ff.**

- *Beschränkung* 73
 - *Form* **426 f.**
 - *Frist* 66, 129, 230, 243, 253, **422**
 - *Kostenentscheid* 34
 - *Quote* 54, 125 f.
 - *Rückzug* 431, 437
 - *Unterlassung* 14, 46, 141, **440 ff.**
 - *Wirkung* 131, 168, 171, 212, 236, 357, 366, 418, **428 ff.**
 Einspruch *s. Einsprache*
 Einstellungsverfahren **103 ff.**, 123, 364, 530
 Einvernahme 30, 168
 - *Beschuldigter* 161, 177 ff., 315 ff.
 - *Schlusseinvernahme* 177, 180, 183, 194 ff.
 - *schriftliche* 177, 180 f., 183 f., 186, 199 ff.
 - *Zeuge s. Zeuge*
 Einzelrichter *s. Richter*
 Einziehung 237, 254, 370 f., 425
 EMRK 135 ff., 146, 195, 227, 246 ff., 257, 287 f., 292 f., 298, 320, 439, 451
 - *Anwendbarkeit* 51
 - *Vorbehalt* 140
 Entkriminalisierung 7, 9, 117
 Entlassung
 - *aus der U-Haft* 526, 544
 - *bedingte* 238, 241
 Erkenntnisgrundlage 150, 161, 165, 181, 190, **213 ff.**, **280 f.**, 544
 Ermessen 8, 102, 180, 183, 269, 272, 275, 278, 307 ff.
 Ermittlungsgrundsatz 151, 182, **188 ff.**, 207
 Eröffnungsbeschluss 433
 Eröffnungsverfügung 113, **168 ff.**
 Ersatzfreiheitsstrafe 381 ff., 393 f., 407

Erwägungen *s. Begründung*
 Erziehungsverfügung 506

F

Fahrverbot 118, 370 f.
 Fairness 98, 462 ff.
 Fairnessgrundsatz 38, 45, 89, 146, 196, 243, 246 f., 256 f., 262, 268, 323, 451
 Fehltrteil 15 f., 189, 302, 354 ff., 527
 Formular 256
 Freie Beweiswürdigung 475, 487, 524, 529 f., 541 f., 549
 Freiheitsrecht 342, 450 f.
 Freiheitsstrafe 12, 51, 69 ff., 102, 178, 181, 241 ff., 271, 316 ff., 355, **370 ff.**, 390 ff., 408
 - *im abgekürzten Verfahren* 84
 - *kurze* 240, 385, **395 ff.**, 407
 - *Umwandlung s. Ersatzfreiheitsstrafe*
 Freispruch 341, 353, **372**, 424, 437, 528
 Freiwilligkeit 457, **461 ff.**, 550
 Friedensbürgschaft 370
 Frist *s. Einsprache*
 Fürsorge 302, 334, 449

G

Geldstrafe 5, 355, 360, 363, 370 f., **379 ff.**, 393, 396, 399, 401, 407 f.
 - *Begründung* 242
 - *Belehrung* 244
 - *Entwicklung* 69, 71
 Gemeinnützige Arbeit 363, 370, 382 f., 396
 - *Anhörung* 317

- *Belehrung* 243 f.
 - *Übertretungsstrafverfahren* 112
 Generalstaatsanwalt 424, 254
 Genügender Anlass 110, 165, 415
 Gericht 126, 277 ff., 368
 Gerichtsorganisation s. *Kantone/Organisation*
 Geringfügigkeitsgrenze s. *Deliktsbetrag*
 Gesamtstrafe 302 (Fn. 751), 374, 376, 378 ff., 394
 Geschädigter 253, **325 ff.**, 343, 423, 552
 - *Befragung* 180
 - *Einstellungsverfahren* 104 ff.
 - *Übertretungsstrafverfahren* 113
 Geschworenengericht 147, 153, 366, 502, 513 f.
 Gesetzlicher Vertreter 425
 Geständnis 18 f., 26, 161, 176, 179, 182, 187, 221, 224, 248, 272, 275, 334, 413 ff., 434, **475 ff.**
 - *Absprachegeständnis* 83 ff., 309
 - *Beweismittel* 524 ff.
 - *Definition* 515 ff., **532 ff.**
 - *Entwicklung* 60 ff., 81
 - *Fiktion* 68, 442
 - *Funktion* 399 ff., **520 ff.**
 - *Motivation* 476, 518, 532
 - *Prozesshandlung* 530 ff.
 - *Strafzumessung* 475, 499, **521 ff.**, 549
 - *Verwertung* 87, 432, 511
 - *Widerruf* 507, 527 f.
 Gewaltenteilung 286, 289, 293, 295, 304, 311, 448
 Grundrechtsverzicht 445 ff.

H

Haft 203 (Fn. 480)
 - *Anrechnung* 240
 Hauptverhandlung 42, 99, 122, 127, 160, 163, 211, 242, 353 f., **428 ff.**, 460, 464, 544
 - *abgekürztes Verfahren* 86, 508
 - *beschleunigte* 100 ff.
 - *erforderliche* 73, 96, 277 ff., 411, 415, 419, 488, 493
 - *als Erkenntnisgrundlage* 214, 218 ff., 399
 - *fehlende* 1 f., 48, 54, 70, **132 ff.**, 197, 233
 - *Häufigkeit* 302
 - *nach Einsprache* 73, 430
 - *nichtöffentliche* 487
 - *rechtliches Gehör* 320 ff.
 - *Spezialprävention* 272, 308
 - *Strafbefehl* 368
 Höchstgrenze 69, 393
 - *Ersatzfreiheitsstrafe* 381 ff.
 - *Freiheitsstrafe* 373 ff., 390
 - *Geldstrafe* 379 f.
 - *Ordnungsbusse* 116

I

Illetrismus 256 (Fn. 633)
 In dubio pro reo s. *Unschuldsvermutung*
 Indiz 487, 521, 528, 531, 536, 547
 - *Parteilichkeit* 296
 Indizkonstruktion 521
 Informationsdefizit 441, 463, 466, 491
 Innere Umkehr 521
 Inquisition **60 ff.**, 74, 79, 281, 449, 475, 529

J

Jugendliche 34, 506, 512, 530, 544
(Fn. 1310)
 Jugendstrafverfahren s. *Jugendliche*
 Justizförmigkeit 16, 37, 40, 443,
351
 Justizgewährungspflicht 36, 56

K

Kant 451
 Kantone
 - *Gesetzgebungskompetenz* 24
 - *kantonale Strafprozessordnungen*
24 f., 76 f., 84, 125, 164, 325, 329,
484 ff.
 - *Organisation* 115, 180, 274, 299,
424
 - *Rechtszersplitterung* 25
 Kommunikation 44 ff., 88, 98, 123,
156, 191, 256, 265, 334, 396, 408,
451, 456, 463, 466, 474, 493, 515,
536 ff., 550
 Kompetenzverlagerung 9, 57,
271 ff.
 Konsens 8, 14 ff., 42 ff., 128, 221,
267, 474, 483, 514, 518 f., 531,
533 ff., 546 f., 557 f.
 - *Einspracheunterlassung* 441
 - *in vereinfachten Verfahren* 82, 93,
101, 109, 123
 - *kriminalpolitischer* 403, 405
 - *Richter und Staatsanwalt* 302
 Kooperation 42, 44 ff., 487, 489,
492, 519, 522
 Kooperationsbereitschaft 334
 Kosten 54, 94, 96, 335, 553, 472,
544
 - *Einsprache* 426
 - *Entscheide* 34, 237, 340

L

Ladung s. *Vorladung*
 Legalitätsprinzip 8, 36, 84, 91
 Legitimation 16, 19, 43 f., 123, 421,
438 ff., 514, 518, 561
 - *Rechtsmittellegitimation* 424
 Leitender Staatsanwalt 253, 271,
298, 423
 Luzern 125, 75 (Fn. 174), 442
(Fn. 1093), 443 (Fn. 1095)

M

Massenkriminalität 69
 Massnahmen 335, 370 f.
 - *administrative* 356
 Menschenwürde 40, 192, 450 ff.
 Minimalanforderungen 5
 Mitteilung 253 ff., 262, 265
 - *an den Verletzten* 328
 - *der Untersuchungseröffnung* 171
(Fn. 412)
 Mord 366, 391 (Fn. 977)
 Motion Bischof 308, 367
 Mündlichkeit 3, 38 f., 79, 134,
152 ff., 456, 469, 471, 503
 - *Anklagevertretung* 513

N

Nachermittlung 280
 - *nach Einspruch* 433
 Nachtatverhalten 475, 499, 521,
523
 Ne bis in idem s. *Rechtskraft*
 Nebenkläger 32, 328
 Nebenstrafe 371
 Nemo-tenetur-Prinzip 90 (Fn. 224),
534, 541 ff., 549

O

Obergericht 366, 388, 502
 Oberstaatsanwaltschaft 254, 424
 Öffentlichkeit 43, 86, 96, 278, 296, 353
 Öffentlichkeitsprinzip 3, 62, 79, **134 ff.**, 157, 348, 351, 358, 456, 469
 Offizialdelikt 325
 Offizialmaxime 38, 60
 Offizialverfahren 325
 Opfer 32, **325 ff.**, 522 f.
 Opportunitätsprinzip 8, 11, 38, 56 f., 82, **104 ff.**, 116, 118, 126
 Ordnungsbusse 116
 - *Verfahren* 116, 348
 Ordnungsvorschrift 177, 204
 (Fn. 487), 243
 Ordnungswidrigkeiten 7, 67, 73, 364, 368
 - *Verfahren* 117 ff.

P

Parteiöffentlichkeit s. *Öffentlichkeit*
 Parteivortrag 152 ff., 431
 Personalbeweis 475
 Pisa-Studie 256 (Fn. 633)
 Plea Bargaining s. *Absprache*
 Polizei 9 f., 60, 67, 116, 274 ff.
 - *Ermittlung* 113, 150, 163 ff., 177 ff., 201 ff., 300, 316, 320 f., 392 f., 479 ff., 500, 533
 Presseöffentlichkeit s. *Öffentlichkeit*
 Publikumsöffentlichkeit s. *Öffentlichkeit*

Privatkläger 32, 105, 254, 327 ff., 424
 Privatstrafkläger 32, 325, 328
 Protokoll 30, 103, 177 ff., 207, 218, 243, 316, 427, 480, 483, 533
 - *Verlesung* 149, 435, 509
 Prozesshandlung 520, **530 ff.**
 Prozessökonomie 17, 37, 45 f., **55 ff.**, 175, 218, 307, 345 ff.
 Prozessthema 302 ff.
 Prozesstheorie 9, 42 ff., 246 f.
 Prozessvoraussetzung 279 f., 321, 477 ff.

R

Rechtliches Gehör 3, 351, 382 f., 458 f.
 - *im Strafbefehlsverfahren* 319 ff.
 - *im Vorverfahren* 191 ff.
 Rechtsbehelf s. *Einsprache*
 Rechtsfolgen 77, 83, 88, 112, 116 ff., 175, 231, 277 ff., 316 ff., **360 ff.**, **390 ff.**, 433, 436, 447, 530
 Rechtsfrieden 16, 36 f., 108, 341 ff., 521 (Fn. 1250)
 Rechtsgleichheit 307 ff.
 Rechtskraft 54, 114, 125, 220, 505
 - *Umfang* 266
 - *Wirkung* 258 ff.
 Rechtsmittel 48, 240 ff., 250, 280, 286, 326, 330, 421, 424, 448, 464
 Rechtsmittelverzicht 440
 Rechtsöffnungstitel 332, 335
 Rechtsvergleichung 22 ff., 217 ff.
 Rechtsweggarantie 286, 291, 294, 311, 448
 Reformatio in peius s. *Verschlechterungsverbot*

Reformiertes Strafverfahren 5, 8,
13, **35 ff.**, 79, 340 ff.

Regina probationum 527

Register

- *Strafregister* 355

- *Zentralregister* 355

Relevanz

- *Geständnis* 477 ff.

- *Strafbefehlsverfahren* 124 ff.

Reue 475, 499, **519 ff.**

Revision s. *Wiederaufnahme*

Richter 34, 277, **280 ff.**

- *Einzelrichter* 113, 366, 431

- *verfassungsmässiger* 284 ff.

Richtervorbehalt 285

Rousseau 450

S

Sachbearbeiter 177, 271, 274

Sanktionsart 360

Sanktionsschere 442

Schadenersatz 324, 326, 426

Schnellrichterverfahren 167

(Fn. 400)

Schriftlichkeit 1, 38, 64, 139, 153,

155, 268, 302, 313, 503, 547

- *Einsprache* s. *Einsprache*

- *Einvernahme* s. *Einvernahme*

- *Eröffnung* s. *Eröffnung*

Schuldeingeständnis 479

Schuldprinzip 214

Schuldüberzeugung s. *Erkenntnis-*
grundlage

Schuldvermutung 229

Schweigen 75

- *Geständnis* 535

- *Recht* 201

- *Strafzumessung* 543

- *Verzicht* 467

Schwerkriminalität 42, 287, 308,

342, 348 f., 359, 365 ff., 386 ff.,

391, 394, 405, 500

Selbstbestimmung 451 ff.

Sozialstaatsgedanke 37, 44, 345,
452

St. Gallen 486

Statistik 125 ff.

Strafbefehl

- *Anfechtung* s. *Einsprache*

- *Inhalt* 237 ff.

- *Verfahren i.e.S.* 269 ff.

- *Zuständigkeit* 269 ff.

Strafklageverbrauch s. *Rechtskraft*

Strafreduktion 440, 522

Strafregister s. *Register*

Strafverfolgungsmodell 163 ff.

Strafvollzug 355, 395, 401

- *bedingt* 237, 240, 243, 316, 399

- *Behörde* 382

Strafzumessung 136, 148, 391

- *Begründung* s. *Begründung*

- *Geständnis* s. *Geständnis*

Strafzweck 43, **307 ff.**

Summarisches Verfahren 132 f.,

352, 403, 441

Suspensiveffekt 236, 261, 428

Systemvergleich 27

T

Tagessatz 360, 379, 382 f., 393

Talmud 525

Tatbestand 179, 240, 316, 386,

479 f., 502, 521, 528

Tatverdacht

- *hinreichender* s. *Erkenntnis-*
grundlage

Thurgau 258 (Fn. 640), 388
(Fn. 976)

U

Übersetzer s. *Dolmetscher*

Übertretung 12, 66, 69, 73, 116 ff.,
274, 287, 355, 360, 368

Übertretungsstrafbehörde 274, 366

Übertretungsstrafverfahren 112 ff.

Überzeugungstheorie 213 ff., 260

Umwandlung 282 f., 393

Uneinbringlichkeit 381 ff., 393

Unmittelbarkeitsprinzip 144 ff.

Unschuldsvermutung 151, 211
(Fn. 493), 214 f., 421 (Fn. 1040),
522, 529, 541 f., 549

Untersuchung

- *Eröffnung* s. *Eröffnungsverfügung*

Untersuchungsbehörde 10, 51, 84,
90, 93, 270 ff., 282, 291 ff.

Untersuchungshaft 526, 544

Unterwerfungstheorie 213, 215,
260, 441 f.

Urteilsgründe s. *Begründung*

Urteilsöffentlichkeit s. *Öffent-
lichkeit*

Urteilsvorschlag 232, 320

V

Verbrechen 12, 70, 77, 112, 114,
117 ff., 183, 259 f., 287, 355, 365,
368, 386 ff., 404

Verdachtstrafe 60

Verdunkelungsgefahr 544
(Fn. 1309)

Vereinheitlichung 24 f., 31, 71

Verfahrenshandlung s. *Prozess-*

handlung

Verfahrensherrschaft 429
(Fn. 1059)

Verfahrenssystem 449

Vergehen 69, 71, 77, 106, 112, 115,
117, 119 f., 127, 260, 287, 355,
368, 386 ff.

Vergleich 103

Verhältnismässigkeit 17, 52, 218,
309, 342 ff., 462, 472

Verhandlungsöffentlichkeit s. *Öf-
fentlichkeit*

Verjährung 84, 236 (Fn. 578)

Verlesung

- *als Anklageschrift* 239, 433

- *Protokoll* s. *Protokoll*

Verletzter 32, 173, 210, 324 ff.,
358 f., 368, 425

Vernehmung s. *Einvernahme*

Verschlechterungsverbot 113, 323,
354, 431, 436 f.

Verteidigung 41, 164, 203, 224,
251, 262, 304, 345, 456, 459, 470,
475

- *amtliche* 363

- *wirksame* 40, 192, 195 ff., 246 f.,
319

Verwahrung 240

Verwaltungsbehörde s. *Administra-
tivbehörde*

Verwaltungsverfahren s. *Admini-
strativverfahren*

Vorladung 60, 66, 103, 184, 253,
326, 430, 545

Vorstrafe 355

Vorverfahren 132, 147, 160 ff.,
219, 223, 257, 269, 300, 315 ff.,
416 f., 459, 477, 483, 488, 493,
502, 508

W

Wahrheit 15 f., 36 ff., 90, 138, 145,
151, 188 f., 217 ff., 240, 319,
341 ff., 417, 436, 441, 487 ff.,
507 ff., 524 ff., 536 ff.

Wiederaufnahme 235, 258 ff., 266,
343, 505

Wiedereinsetzung 245, 422

Willkürverbot 464

Wirtschaftskriminalität 43, 95

Z

Zentralregister s. *Register*

Zeuge 63, 149, 221, 225, 326, 331,
368, 524, 528, 536

- *Beamtenzeuge* 64, 66

Zugang 293, 430

- *erster* 422

Zuständigkeit 270, 274, 277

Zustellung 253 ff.

- *Ersatzzustellung* 255, 268

- *Fiktion* 268

- *Vorladung* 184

Zwischenverfahren 100 f., 277

