

Dokument	ZBJV 153/2017 S. 25
Autor	Felix Bommer
Titel	Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen)
Urteilsbesprechung	BGE 140 IV 118, BGE 140 IV 108, BGE 140 IV 188, BGE 140 IV 177, BGE 140 IV 150, BGE 140 IV 145, BGE 140 I 146, BGE 140 IV 28, BGE 140 IV 67, BGE 140 I 125, BGE 140 IV 1, BGE 140 IV 86, BGE 140 I 68, BGE 140 IV 40, BGE 140 IV 97, BGE 140 IV 172, BGE 140 IV 162, BGE 140 I 381, BGE 140 IV 11, BGE 140 IV 196, BGE 140 IV 133, BGE 140 IV 213, BGE 140 IV 102, BGE 140 IV 192, BGE 140 IV 82, BGE 140 IV 202, BGE 140 IV 181, BGE 140 IV 92, BGE 140 IV 155, BGE 140 IV 49, BGE 140 IV 74, BGE 140 I 353, BGE 140 IV 19, BGE 140 IV 57, BGE 140 II 7
Seiten	25-65
Publikation	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Herausgeber	Jörg Schmid, Frédéric Krauskopf
Frühere Herausgeber	Heinz Hausheer, Sibylle Hofer
ISSN	0044-2127
Verlag	Stämpfli Verlag AG

Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen)

Veröffentlicht in Band 140

Von Prof. Dr. Felix Bommer, Luzern *

ZBJV 153/2017 S. 25, 27

I. Schweizerisches Strafgesetzbuch

A. Allgemeine Bestimmungen ([Art. 1–110 StGB](#))

1. Sachverständige Person zur Erstattung von Gutachten zu Schuldfähigkeit und Massnahmepunkt ([Art. 20, 56 Abs. 3 StGB](#)): [BGE 140 IV 49](#)

Wer im Bereich der Schuldfähigkeitsbegutachtung oder der Massnahmenindikation gutachterlich tätig sein will, muss über eine fachärztliche Ausbildung verfügen; eine forensisch-psychologische reicht nicht aus. Das Bundesgericht begründet dies, gestützt auf die bisherige Praxis sowie die Lehre, hauptsächlich mit zwei Differenzen zwischen den beiden Berufsgattungen: Nur der Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie vermag die regelmässig erforderliche körperliche Untersuchung vorzunehmen sowie körperliche oder organische Ursachen von Geisteskrankheiten zu diagnostizieren oder auszuschliessen.

* Mein Dank gilt MLaw Fabienne Germanier und RA MLaw Noemi Biro für kritische Anregungen und sorgfältige Korrekturen.

ZBJV 153/2017 S. 25, 28

sen; auch bei der Diagnose von körperlichen Ursachen krankhafter seelischer Störungen ist medizinischer Sachverstand vonnöten. Zudem bieten die Aus- und Weiterbildungen der Psychiater Gewähr für einen bestimmten Qualitätsstandard. Das bedeutet nicht, dass forensisch-psychologische Sachverständige diesen nicht erreichen würden, aber er kann nicht gleichermassen unbesehen vorausgesetzt, sondern müsste im Einzelfall überprüft werden. Dieses zweite Argument scheint von besonderem Gewicht, wenn zugleich konzidiert wird, dass forensisch-psychologische (nicht ärztliche) Sachverständige nicht krankhafte Bewusstseinsstörungen (hochgradig affektive Erregung) und schwere andere seelische Abartigkeiten (Persönlichkeitsstörungen, Neurosen, sexuelle Deviationen) gleichermassen wie medizinische Fachleute zu diagnostizieren vermöchten. Als Hilfspersonen unter fachärztlicher Verantwortung dürfen sie jedoch weiterhin eingesetzt werden. Zudem soll die Beschränkung auf psychiatrische Fachärzte nur «in aller Regel» (Regeste sowie S. 56 E. 2.7) gelten und somit Ausnahmen zulassen. Welche das sein könnten, weiss das Bundesgericht nicht: «Ausnahmen sind schwer vorstellbar» (a.a.O.). Im einzelnen Thommen, Nur noch Psychiater als Gutachter, FP 2015, 14 ff.; Michod, Le rôle de l'avocat dans les différentes étapes de mise en œuvre d'une expertise psychiatrique en procédure pénale, Jusletter vom 27. April 2015, Rz. 8 ff.; kritisch, auch zur weiteren Entwicklung der Praxis (BGer, Urteil vom 8. April 2015, [6B 884/2014](#)), Habermeyer/Graf/Noll/Urbanik, Psychologen als Gutachter in Strafverfahren, [AJP 2016, 127 ff.](#), 128 f.

2. Straffloser untauglicher Versuch des Betruges ([Art. 22, 146 StGB](#)): [BGE 140 IV 150](#)

Das Bundesgericht erweitert, aus Anlass eines Betrugsfalles und unter Ausblendung der historischen Zusammenhänge, die Strafflosigkeit des untauglichen Versuches über den in [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) geregelten (straflosen) irrealen Versuch (Handeln aus grobem Unverstand) hinaus und will ihn nur noch dann bestraft wissen, wenn das Täterverhalten eine «minimale objektive Gefährlichkeit» aufweist. Ob dies der Fall ist, soll in Kenntnis aller nachträglich bekannten (gemeint: bekannt gewordenen) Tatumstände zu entscheiden sein. Als Begründung wird eine Parallele zum irrealen Versuch gezogen: Wie er, vermöge der objektiv untaugliche Versuch die Rechtsordnung nicht zu gefährden.

ZBJV 153/2017 S. 25, 29

Wir haben es mit der Wiederkehr des absolut untauglichen Versuches zu tun, auch wenn er nunmehr «objektiv ungefährlicher» untauglicher Versuch genannt wird (S. 153 E. 3.6). Ein Blick auf das alte Strafrecht erleichtert die Einordnung der Entscheidung: Vor 2007 war die Versuchsregelung dreigeteilt: Der Versuch (aArt. 21 und 22, je Abs. 1) war mit einer einfachen Strafmilderung versehen (aArt. 65 [StGB](#)), der absolut untaugliche Versuch (aArt. 23 Abs. 1 [StGB](#)) mit einer solchen nach freiem Ermessen (aArt. 66 [StGB](#)) und der irrealer (aArt. 23 Abs. 2 [StGB](#)) war wie heute straflos. Mit der Revision 2007 wurde innerhalb der Versuchsordnung nur noch der irrealer Versuch gesondert geregelt, der absolut untaugliche ging mit gutem Grund in [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) auf, denn die Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch lässt sich nicht überzeugend durchführen. Ob es einen relativ oder einen absolut untauglichen Versuch darstellt, mit einer ungeladenen Pistole auf einen Menschen zu schießen, hat die Versuchslehre nie zwingend beantworten können, trotz der Erkenntnis, dass mit dem untauglichen Versuch der *ungefährliche* Versuch gemeint sein muss. Damit ist das Problem auf den Gefahrbegriff verschoben, aber weiterhin unklar, nach welchen Kriterien dieser gefasst werden soll: Aus der Sicht eines (verständigen) Beobachters ex ante? Oder ex post? Und welches Wissen soll man diesem Beobachter zuschreiben? Das Bundesgericht will über die minimale objektive Gefährlichkeit in «Kenntnis aller nachträglich bekannten Umstände im Zeitpunkt der Tat» urteilen. Soll dann die Versuchstrafbarkeit des Schützen von den Umständen abhängen, unter denen er zur Waffe gegriffen hat? Ja, wenn er von zwei Pistolen «zufällig» die ungeladene erwischt, nein, falls die Möglichkeit, eine geladene in die Hand zu kriegen, nie bestanden hat? Und wonach soll sich *dies* beurteilen? Gültige Massstäbe existieren hiefür nicht. All dies wöge halb so schlimm, wenn an diffuse Voraussetzungen keine kategorial verschiedene Folgen anschliessen. Das wäre nach bisheriger Rechtslage der Fall gewesen (beide Fälle nach [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) zu beurteilen), es wäre nach alter Rechtslage der Fall gewesen (Strafmilderung nach aArt. 65 oder 66 [StGB](#)), es ist nicht mehr der Fall nach der neuesten Praxis: Die diffuse Unterscheidung führt zu einer glasklaren Folge: Strafflosigkeit des absolut untauglichen Versuches, mit der bemerkenswerten Konsequenz, dass es künftig keine strafbare Handlung mehr darstellt, mit einer nur vermeintlich geladenen, aber tatsächlich ungeladenen Pistole direktvorsätzlich auf einen Menschen zu schießen

ZBJV 153/2017 S. 25, 30

(was nach altem Recht noch stets einen strafbaren Versuch darstellte, mit der Milderungsmöglichkeit nach aArt. 66 [StGB](#)). Ergibt die strafrechtliche Erfassung und Pönalisierung solchen Verhaltens tatsächlich keinen Sinn (vgl. S. 153 E. 3.6)?



Der Hinweis auf das Tatstrafrecht schliesslich, das diese Restriktion der Strafbarkeit tragen soll, führt in die Irre. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist nicht etwa eine Frucht von «Täterstrafrecht»; vielmehr wendet sie sich gegen den symbolischen Aspekt des Rechtsbruchs, der natürlich auch im untauglichen Versuch zum Vorschein kommt. Tatstrafrecht, wenn auch auf der subjektiven Seite des Spektrums, bleibt dies allemal (unzutreffend deshalb Achermann, Straflosigkeit eines objektiv ungefährlichen untauglichen Versuches einer Straftat, dRSK, publ. am 13. Februar 2015, Rz. 9).

Die Pointe kommt zum Schluss. Zu ihr stösst nur vor, wer die in dieser Sache früher ergangene Entscheidung des Bundesgerichts ([6B 646/2012 vom 12. April 2013](#)) sowie die Vollversion der hier besprochenen ([6B 183/2014](#)) bezieht. Objektiv fehlte es bereits an einer Täuschungshandlung i.S.v. [Art. 146 StGB](#), die SUVA irrte nicht über ihre Leistungspflicht, und ein Vermögensschaden lag nicht vor, weil die erbrachten Leistungen objektiv zu Recht erfolgten. Subjektiv müsste der Beschwerdeführer indessen Vorsatz in Bezug auf sämtliche Elemente von [Art. 146 StGB](#) (sowie unrechtmässige Bereicherungsabsicht) aufgewiesen haben, sonst liegt kein Versuchsunrecht vor. Das Bundesgericht behandelt diese Frage nicht, sondern impliziert den Vorsatz (obwohl der Beschwerdeführer fehlenden Vorsatz geltend gemacht hatte, unveröffentlichte E. 1.2). Das ist aus zwei Gründen höchst zweifelhaft. Dem Beschwerdeführer war ärztlich volle Arbeitsunfähigkeit bescheinigt (deshalb hatte er Anspruch auf Leistungen der SUVA, [Art. 16 Abs. 1 UVG](#)). Da erscheint schon einmal erklärungsbedürftig, wie es kommen kann, dass er das selber nicht weiss (aus den Urteilen ergibt sich keine Antwort). Denkbar ist einzig, dass die Eigeneinschätzung des Beschwerdeführers, teilweise arbeitsfähig zu sein, daher rührte, dass er für einen Dritten gewisse Arbeiten erbracht hatte (über die er die SUVA nicht vollständig aufklärte). An seiner vollständigen Arbeitsunfähigkeit (i.S.v. [Art. 6 ATSG](#)) änderte dies indes aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht nichts. Somit war der Wille des Beschwerdeführers auf die Verwirklichung eines Sachverhaltes gerichtet, dessen Verwirklichung keinen Tatbestand erfüllt, sondern erlaubt ist. Aus diesem Grund weist er keinen tatbestandsmässigen Vorsatz auf,

ZBJV 153/2017 S. 25, 31

ein untauglicher Versuch scheidet aus. Sollte er dennoch und irrtümlich geglaubt haben, er mache sich des Betruges schuldig, so liegt darin ein sogenannter umgekehrter Subsumtionsirrtum, und dieser verkörpert ein Wahndelikt: die aus Rechtsgründen irrierte Annahme, das eigene Verhalten erfülle einen Tatbestand, den es zwar gibt, der aber im konkreten Fall objektiv nicht eingreift.

Zum gleichen Ergebnis des Vorsatzausschlusses führt eine weitere Überlegung: Der Betrug verlangt eine *arglistige* Täuschung. Für den Vorsatz bedeutet dies, dass er sich nicht nur auf die Täuschungshandlung richten muss, sondern ebenso auf die Umstände, auf welche sich die Wertung der Täuschung als arglistig stützt. Feststellungen dazu finden sich keine. Immerhin wird mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer von sich aus erwähnt hatte, er halte sich körperlich zu 50% arbeitsfähig ([6B 646/2012 vom 12. April 2013, E. 2.2](#)). Unter diesen Umständen dürfte es, eine Täuschung einmal vorausgesetzt, schwerfallen, deren Arglist auf eine ihrer sechs bekannten Varianten zu stützen. Damit läge auch insofern kein tatbestandsmässiger Vorsatz und damit kein untauglicher Versuch vor.

Wenn das richtig ist, dann ist der vorliegende Fall *im Ergebnis* richtig entschieden, und zwar über zwei je für sich falsche Fährten (Bejahung des Vorsatzes, Verneinung der Strafbarkeit des absolut untauglichen Versuches), die sich gegenseitig neutralisieren: Es liegt in der Tat kein strafwürdiges Unrecht vor. Um so weniger sollte man die für den absolut untauglichen Versuch statuierte Strafbarkeitseinschränkung für bare Münze nehmen. Vgl. auch Urwyler/Oehen, [BGE 140 IV 150](#): Der untaugliche Versuch und das Ei des Kolumbus, FP 2015, 304 ff. Gegen die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuches auch Eicker, Die bundesgerichtliche Gefährlichkeitsabwägung beim untauglichen Versuch auf dem Prüfstand – Zugleich eine kritische Betrachtung von [BGE 140 IV 150](#), AJP 2016, 1 ff.

3. Strafmilderung infolge langen Zeitablaufs; unverjährbare Straftaten ([Art. 48 lit. e, Art. 101 Abs. 2 StGB](#)): [BGE 140 IV 145](#)

Der Verurteilte hatte sexuelle Handlungen mit einem Kind vorgenommen, zum Teil vor und zum Teil nach dessen 12. Altersjahr ([Art. 187, 101 Abs. 1 lit. e StGB](#)). Auf jene ist nach Bundesgericht allein die Regelung von [Art. 101 Abs. 2 StGB](#) anwendbar (wobei die darin genannten Verjährungsfristen nicht erreicht waren), auf diese

ZBJV 153/2017 S. 25, 32

diejenige von [Art. 48 lit. e StGB](#) (was die Vorinstanz nicht getan hatte, deshalb Rückweisung an sie zu neuer Entscheidung). Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Verhältnis der beiden Bestimmungen erfolgt nicht. Da dogmatisch reizvoll, sei sie hier nachgeholt. Die Bedeutung der Frage für die praktische Entscheidung dürfte gering sein.



Hinter dem Strafmilderungsgrund von [Art. 48 lit. e StGB](#) (deutliche Verminderung des Strafbedürfnisses infolge Zeitablaufs seit der Tat und seitheriges Wohlverhalten) steckt dieselbe Wertung wie hinter der Verjährung, die heilende Kraft verstrichener Zeit, kraft deren die Notwendigkeit zu strafen abnimmt. Das Bundesgericht bestätigt seine Praxis ([BGE 132 IV 1](#)) und wendet [Art. 48 lit. e StGB](#) in jedem Fall an, wenn zwei Drittel der Verjährungsfrist abgelaufen sind, wobei je nach Natur und Schwere der Straftat ein früherer Zeitpunkt in Betracht kommt. Massgeblich ist das Datum der gerichtlich verbindlichen Feststellung des Sachverhaltes in erster oder zweiter Instanz (also nicht notwendig dasjenige des erstinstanzlichen Urteils wie beim Ende des Verjährungslaufes [[Art. 97 Abs. 3 StGB](#)]). Bei unverjährbaren Straftaten ([Art. 101 Abs. 1 StGB](#)) ist eine Strafmilderung vorgesehen, wenn ihre Verfolgung bei Anwendung der ordentlichen Fristen verjährt wäre ([Art. 101 Abs. 2 StGB](#)). Darin soll eine Präzisierung zu [Art. 48 lit. e StGB](#) liegen, mit der Folge, dass diese Bestimmung auf unverjährbare Straftaten nicht anwendbar ist.

Ob das zutrifft, hängt von der Deutung von [Art. 101 Abs. 2 StGB](#) ab. Diesbezüglich sind zwei Lesarten denkbar. Nach der einen lässt sich die Bestimmung, mit dem Bundesgericht, als Sondernorm zum allgemeinen Strafmilderungsgrund des langen Zeitablaufs nach [Art. 48 lit. e StGB](#) verstehen: kompletter Ausschluss der Strafverfolgung bei unverjährbaren Straftaten nie, Strafmilderung im Einzelfall aber schon (so wohl auch Trachsel, Die Verjährung gemäss den Art. 70–75^{bis} des schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Zürich 1990, 223). Die symbolträchtige Fahne der Unverjährbarkeit wird hochgehalten, wenn sich hinter ihr aber zeigt, dass angesichts lange verstrichener Zeit eine Strafmilderung am Platz scheint, macht Abs. 2 diese möglich; dazu passt, dass sie fakultativ ist («kann»).

Dem stehen zwei Argumente entgegen, die zur zweiten Auffassung überleiten. Unverjährbarkeit bedeutet, dass die heilende Wirkung des Zeitablaufs *allein*, aus welchen Gründen auch immer, kein gültiges Argument sein soll mit Blick auf die strafrechtliche Behandlung der Tat. Das schliesst den *Verzicht* auf die Verfolgung aus, und das

ZBJV 153/2017 S. 25, 33

schliesst die Möglichkeit einer *Strafmilderung* aus. Es widerspricht dem, Abs. 2 dennoch als verjährungsbedingte Regelung aufzufassen. Weiter gerät die Deutung von Abs. 2 als Spezialnorm zu [Art. 48 lit. e StGB](#) mit dieser selber in Konflikt. Sie nämlich geht über den reinen Zeitablauf hinaus und lässt Strafmilderung erst eintreten, wenn der Täter sich seit der Tat keine Straftat mehr hat zuschulden kommen lassen («wohl verhalten»). Es ist in [Art. 48 lit. e StGB](#), im Unterschied zu [Art. 101 Abs. 2 StGB](#), also nicht der schiere Zeitablauf, der zur Strafmilderung führt, sondern erst seine innere Verbindung mit der aus der Legalbewährung sprechenden (neuerlichen) Anerkennung der Rechtsordnung. Weil bei unverjährbaren Straftaten Verjährungsnähe *allein* kein Argument sein kann und weil Abs. 2 kein Wohlverhalten verlangt, stellt die Bestimmung keine *lex specialis* zu [Art. 48 lit. e StGB](#) dar, sondern gründet in einer anderen Überlegung: «Härten der Unverjährbarkeit» abzuschwächen (Zurbrügg, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Komm. [StGB](#), 3. Aufl., Basel etc. 2014, N 18 zu Art. 101; so wohl auch Del Pero, La prescription pénale, Diss. Lausanne, Bern 1993, 32) bzw. eine «Konzession an das Rückwirkungsverbot» (Stratenwerth/Wohlens, Schweiz. [StGB](#), Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, N 4 zu Art. 101) einzugehen. Denn nach [Art. 389 Abs. 1 StGB](#) «sind die Bestimmungen des neuen Rechts über die Verfolgungs- und die Vollstreckungsverjährung, wenn sie milder sind als das bisherige Recht, auch auf die Täter anwendbar, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Tat verübt haben oder beurteilt wurden». An sich gilt somit das Rückwirkungsverbot auch für die Frage der Verjährung, auch wenn nunmehr [Art. 389 Abs. 1 StGB](#) mit dem einleitenden Satz «Bestimmt es das Gesetz nicht anders,...» eine Hintertür für rückwirkendes Verjährungsrecht offenlässt (wie es in der rückwirkenden Unverjährbarkeitserklärung vormals verjährbarer Straftaten wie i.c. der sexuellen Handlungen an Kindern unter zwölf Jahren [[Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB](#)] per Anfang Januar 2013 liegt). Zur Abfederung dieser Rückwirkung kann die Strafe gemildert werden. Diese Deutung als ein gesetzgeberisches Zugeständnis an das Rückwirkungsverbot liegt auch deshalb nahe, weil zu der Zeit, als die Unverjährbarkeit als Institut eingeführt wurde (per 1. Januar 1983, aArt. 75^{bis} [StGB](#)), die Parallelnorm zum heutigen [Art. 389 Abs. 1 StGB](#), aArt. 337 [StGB](#), den Vorbehalt rückwirkender Verjährungsvorschriften («Bestimmt es das Gesetz nicht anders,...») noch nicht enthalten hatte, sondern ausnahmslos vorsah, was heute nur noch als Regel gilt. Um so

ZBJV 153/2017 S. 25, 34

mehr bestand Anlass, diese damals strenggenommen unzulässige Regelung in ihren Wirkungen zu mildern. [Art. 101 Abs. 2 StGB](#) ist somit keine *lex specialis* zu [Art. 48 lit. e StGB](#). Das macht die kumulative Anwendung der beiden Bestimmungen im Einzelfall denkbar.

Am Platz ist die Anwendung von [Art. 101 Abs. 2 StGB](#) somit nur, wenn tatsächlich ein Fall von Rückwirkung vorliegt, d.h. die Taten, wie im vorliegenden Fall, vor Anfang Januar 2013 begangen wurden (was zu einer im Zeitenlauf schwindenden und dereinst auf null reduzierten Bedeutung von Abs. 2 führen wird). Fraglich ist jedoch, ob [Art. 48 lit. e StGB](#) (zusätzlich) auf den Fall unverjährbarer Straftaten angewendet werden kann.



Wenn der Zeitablauf bei ihnen argumentativ nicht ins Gewicht fällt, muss er, auch für die Strafzumessung, ausser Betracht bleiben. Das heisst, dass in diesem Kontext das Zeitelement von [Art. 48 lit. e StGB](#) von vornherein nie erfüllt und damit die Bestimmung nicht anwendbar sein kann.

Wenn das richtig ist, ergeben sich für den vorliegenden Fall zwei Folgerungen: Zum einen ist dem Bundesgericht im Ergebnis Recht zu geben, dass [Art. 48 lit. e StGB](#) auf die Taten vor dem 12. Altersjahr nicht anwendbar ist (auf die späteren schon). Der Grund dafür liegt allerdings nicht darin, dass [Art. 101 Abs. 2 StGB](#) im Verhältnis zu [Art. 48 lit. e StGB](#) eine Spezialregelung darstellte, sondern darin, dass die dort vorausgesetzte heilende Wirkung des Zeitablaufs bei unverjährbaren Straftaten definitionsgemäss nicht eintreten kann. Zum andern ist [Art. 101 Abs. 2 StGB](#) auf sämtliche unverjährbaren Straftaten anwendbar, da sie alle vor Januar 2013 begangen worden sind. Es liegen somit zwei (zeitlich) konsekutive Strafmilderungsgründe vor. Die konkreten Folgen dieser Konstellation müssen hier auf sich beruhen.

4. Lebenslängliche Verwahrung; dauerhafte Nichttherapierbarkeit ([Art. 64 Abs. 1^{bis} lit. c StGB](#)): [BGE 140 IV 1](#)

[Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB](#) sieht unter den dort in lit. a–c genannten Voraussetzungen bei bestimmten Straftaten eine lebenslängliche Verwahrung vor. Das Bundesgericht stellt klar, dass «dauerhaft nicht therapierbar» i.S.v. lit. c «lebenslänglich nicht therapierbar» bedeutet, nicht «20 Jahre lang nicht therapierbar», wie die Vorinstanz angenommen hatte. Es gelangt zu diesem zutreffenden Schluss auf der Grundlage des bekannten Kanons der Auslegungsmethoden, die sorgfältig auf die Rechtsfrage angewendet werden und allesamt übereinstim-

ZBJV 153/2017 S. 25, 35

mend zu dem genannten Ergebnis führen. Weiterhin wird ein pragmatischer Methodenpluralismus befolgt (S. 5 E. 3.1), mit der Besonderheit im konkreten Fall, dass angesichts des jungen Alters der Bestimmung (in Kraft seit August 2008) das historische Auslegungselement mit einer objektiv-geltungszeitlichen Interpretation zusammenfällt (S. 6 E. 3.2.2): Dem Gesetzgeber war bewusst, dass das Erfordernis der dauerhaften Nichttherapierbarkeit den Anwendungsbereich der Bestimmung massiv einschränkt. Zustimmend auch Jeanneret/Kuhn, L'internement à vie devant le Tribunal fédéral: l'indépendance et le courage de la Haute Cour à l'honneur, Jusletter vom 16. Dezember 2013; Parein, plädoyer 1/2014, 55.

5. Begriff der «Familiengenossen» (Art. 110 Abs. 2, Art. 138 Ziff. 1 Abs. 4 [StGB](#)): [BGE 140 IV 97](#)

Als «Familiengenosse» i.S. der relativen Antragsdelikte gilt (nur), wer mit dem durch die Straftat Verletzten «in gemeinsamem Haushalt» lebt ([Art. 110 Abs. 2 StGB](#)). Darunter sind zu verstehen «deux ou plusieurs personnes qui mangent, vivent et dorment sous le même toit» (S. 99 E. 1.2). Es ist dieses objektive Kriterium, das den Ausschlag gibt. Vorausgesetzt wird im Übrigen nur, dass das Zusammenleben auf Dauer angelegt ist. Damit soll die Bestimmung «préserver la paix au sein d'un même foyer», genauer: dafür sorgen, dass nicht gegen den Willen des Opfers einer Veruntreuung die Strafverfolgung in diese Familienstruktur eingreift. Weil Täter und Opfer bloss Nachbarn waren, die ein enges Verhältnis pflegten, bedurfte es keines Strafantrages.

B. Besondere Bestimmungen sowie Einführung und Anwendung des Gesetzes ([Art. 111–392 StGB](#))

1. Fahrlässige Tötung als Vorfrage opferhilferechtlicher Leistungen ([Art. 117 StGB](#); Art. 2 Abs. 1 aOHG): [BGE 140 II 7](#)

Im Rahmen eines Verfahrens auf opferhilferechtliche Leistung von Schadenersatz und Genugtuung infolge Asbestexposition war der Opferbegriff strittig (vgl. bereits [BGE 134 IV 297](#); [136 II 187](#); [137 III 16](#); EGMR, Howald Moor et autres c. Suisse, Urteil Nr. 52067/10 und Nr. 41072/11 vom 11. März 2014; Revisionsentscheid [BGE 142 I 42](#)):

ZBJV 153/2017 S. 25, 36

ob der Verstorbene *durch eine Straftat* in seiner körperlichen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Art. 2 Abs. 1 aOHG), und zwar durch eine fahrlässige Tötung ([Art. 117, 12 Abs. 3 StGB](#)). Entscheidend war die Frage der Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts. Das Bundesgericht bejaht sie unter Heranziehung der im Tatzeitpunkt (1972/73) bekannten Asbestgefahren und der damals geltenden arbeitsrechtlichen Regeln. Aus



diesem Grund wurde die Vorinstanz angewiesen, über die Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren zu befinden.

2. Betrug durch Unterlassen; Garantenstellung; Verletzung der Meldepflicht ([Art. 146 StGB](#); [Art. 31 Abs. 1 ATSG](#)): [BGE 140 IV 11](#) und [140 IV 206](#)

Das Bundesgericht setzt seine in [BGE 131 IV 83](#) begründete Linie fort: Gesetzliche oder vertragliche Meldepflichten im Sozialversicherungsrecht über Verbesserungen des Gesundheitszustandes begründen keine Garantenstellung des Leistungsempfängers i.S.v. [Art. 11 Abs. 2 lit. a und b StGB](#). Sie überbürden ihm, als Ausdruck (allein) von Treu und Glauben, keine gesteigerte Verantwortlichkeit für das Vermögen der Versicherung, die ihm Leistungen ausrichtet. Die spezialgesetzlich geregelten Strafbestimmungen über die Verletzung der Meldepflichten (z.B. [Art. 87 Abs. 5 AHVG](#), [Art. 31 Abs. 1 lit. d ELG](#)) verlören zudem ihren Sinn, wenn sie bloss der Begründung einer Garantenstellung mit Blick auf den Betrugstatbestand ([Art. 146 StGB](#)) dienen. Wer aufgrund verletzter Meldepflichten Leistungen in einem Ausmass bezieht, das ihm nicht (mehr) zusteht, macht sich deshalb nicht des Betruges durch Unterlassen schuldig (sondern eben bloss der Verletzung der Meldepflichten). Ein Betrug durch Tun schliesslich käme erst in Betracht, wenn dem Schweigen ein positiver Erklärungswert zuzumessen wäre, etwa weil der Leistungsempfänger auf individuelle Nachfrage hin (aber nicht durch ein reines Informationsschreiben) über relevante Veränderungen nichts verlauten liess. So lag es in keinem der beiden Fällen.

3. Rassendiskriminierung durch Herabsetzung ([Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB](#) erster Satzteil): [BGE 140 IV 67](#)

Dass die präzise Festlegung der Grenzen zulässiger und strafbarer Meinungsäusserungen im Kontext von [Art. 261^{bis} \(Abs. 4\) StGB](#)

ZBJV 153/2017 S. 25, 37

der Praxis Mühe bereitet, ist seit Längerem festzustellen und hat seine Gründe einerseits in allgemeinen Schwierigkeiten von Äusserungsdelikten und andererseits in spezifischen Charakteristika des Tatbestandes selber. Beides zeigt sich exemplarisch am Fall eines Polizisten, der einen algerischen Asylbewerber an einer Uhren- und Schmuckmesse wegen Diebstahlsverdacht festnimmt und ihn nach Ausweiskontrolle vor einer anwachsenden Menschenmenge lautstark u.a. mit «Sauausländer» und «Dreckasylant» betitelt. Er erfüllt nach Auffassung des Bundesgerichts den Tatbestand der Herabsetzung einer Person nicht ([Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB](#) erster Satzteil). Dieses Ergebnis wird über die Begriffe der geschützten Gruppen und das Erfordernis der Menschenwürdeverletzung doppelt abgesichert. Im Einzelnen:

Der Tatbestand verlangt eine Herabsetzung *wegen* der Rasse oder Ethnie (Religion fällt ausser Betracht). Für die Interpretation der Äusserung sei der Sinn massgebend, den ihr ein unbefangener durchschnittlicher Dritter unter den gesamten konkreten Umständen beimesse. Dass dieser den Eindruck gewinne, die Beschimpfung sei *wegen* der nordafrikanischen Herkunft erfolgt, sei zwar denkbar, aber nicht zwingend. «Ebenso gut möglich» sei, dass der Dritte zur Auffassung gelange, sie sei der Eigenschaft als Ausländer oder Asylbewerber geschuldet (welche Begriffe als solche nicht unter die geschützten Gruppen fallen). Damit fehle es am Erfordernis der geschützten Gruppe. – Zu Recht stellt der Entscheid, was das Verständnis der Äusserung betrifft, auf den Empfängerhorizont eines unbefangenen durchschnittlichen Dritten ab; es ist diese Perspektive, aus der heraus zu beurteilen ist, ob der Betroffene *wegen* seiner Rasse oder Ethnie als Mensch minderen Ranges behandelt wird. Die entsprechenden Formulierungen machen den Anschein, als ob diese Frage empirisch zu beantworten wäre («Zwar mag der eine oder andere Zeuge des Geschehens den Eindruck gewonnen haben, dass...»; «Ebenso gut möglich ist, dass nach dem Eindruck des unbefangenen Dritten...»). Dagegen ist zu betonen (davon geht letztlich wohl auch das Bundesgericht aus), dass die Figur des Dritten ein *normatives* Konstrukt darstellt, kein empirisches: die Wertung der Aussage (genauer: was das Gericht dafür hält) durch den vorurteilslosen Durchschnittszeitgenossen. Noch so bleibt die Figur mehr als schwammig. Von Bedeutung ist jedenfalls der Kontext, er ist in die Wertung einzubeziehen. Somit lautet die Frage, ob ein Beobachter, der Zeuge der Festnahme und

ZBJV 153/2017 S. 25, 38

Ausweiskontrolle geworden ist und die Insultationen des Polizisten hört, zum Schluss käme, diese seien wegen der Rasse oder Ethnie erfolgt, also deshalb, weil der Festgenommene nordafrikanischer Herkunft ist (und nicht deshalb, weil er «Ausländer» bzw. Asylbewerber ist). Gemeint wäre danach «...-Magrebiner», was sich hinter «...-Ausländer bzw. -Asylant» versteckt (sog. Sammelbezeichnung). Die Kombination mit dem pejorativen Präfix, die lautstarke Beschimpfung sowie der Umstand, dass diese im Anschluss an die Ausweiskontrolle stattfand, aus der sich die algerische Staatsangehörigkeit des Festgenommenen ergab,



sprechen eher dafür, dass «Sauausländer» und «Dreckasylant» als pars pro toto für seine Ethnie gemeint war; es ist jedenfalls wenig plausibel, dass damit, wie das Bundesgericht meint, der «rechtliche Status» des Betroffenen anvisiert sein sollte. Abgesehen davon hätte aus Sicht des Polizisten nach der Kontrolle kaum Anlass bestanden, die Gesamtheit der Ausländer mit den beleidigenden Ausdrücken zu überziehen. Oder sollten damit tatsächlich auch Eskimos und andere Ethnien gemeint sein?

Aber selbst bei diesem Zwischenergebnis sieht das Bundesgericht in der Äusserung keinen Verstoss gegen die Menschenwürde: Die Kombination der Begriffe «Sau» oder «Dreck» mit Unmutsäusserungen würden vom unbefangenen durchschnittlichen Dritten als Beschimpfungen ([Art. 177 StGB](#)) und nicht als Angriffe auf die Menschenwürde empfunden. – Über diese These findet der Entscheid nicht hinaus. Dabei ist bereits sein Ausgangspunkt höchst fraglich: dass es darauf ankommen soll, wie *der unbefangene durchschnittliche Dritte* die Äusserung empfinde. Ob sie in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise erfolgt, ist keine Frage der normativen Dritteinschätzung, sondern der (unmittelbaren) Richtersicht. Das Bundesgericht stellt sich auch nicht die Frage, ob «der Angegriffene», wie es kurz und knapp selber darlegt, «als Mensch zweiter Klasse behandelt wird» (S. 73 E. 2.5.1). Das wird man nicht verneinen können. Um diesen Schluss heranzukommen wäre nur mit dem Argument, dass der Täter entsprechende Qualifizierungen seiner selbst durch den Angegriffenen als gültig betrachten müsste; nur *dann* würde dieser gleichwertig behandelt. Davon kann angesichts der vorstellbaren Pendanten von Ausdrücken wie «Sauausländer» und «Dreckasylant» keine Rede sein. Kritisch auch Schleiminger Mettler, Rassistische Beschimpfung versus Rassendiskriminierung am Beispiel von «Drecksasylant», FP 2014, 307 ff.

ZBJV 153/2017 S. 25, 39

4. Rassendiskriminierung durch öffentliche Verbreitung von Ideologien ([Art. 261 bis Abs. 2 StGB](#)): [BGE 140 IV 102](#)

Der obergerichtlich Verurteilte hatte an einer Veranstaltung (s)einer rechtsextremen Partei auf dem Rütli während des gemeinsamen Rezitierens des Rütli Schwurs etwa 20 Sekunden lang seine rechte Hand zum Hitlergruss ausgestreckt. Das Bundesgericht spricht ihn zu Recht vom Vorwurf der öffentlichen Verbreitung rassendiskriminierender Ideologien frei ([Art. 261 bis Abs. 2 StGB](#)). Zwar stellt der Hitlergruss ohne Einschränkung Ausdruck einer Ideologie dar, «die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet» ist. Auch am Moment der Öffentlichkeit hat es nicht gefehlt. Aber in der Geste steckt, für sich genommen, kein Verbreiten, solange sie kein werbendes Element enthält. So liegt es hier: Das *Bekennen* zu einer rassendiskriminierenden Ideologie ist nicht mit deren Verbreitung gleichzusetzen, selbst dann nicht, wenn es mit dem Willen geschieht, dass andere wahrnehmen, wozu man sich selber bekennt.

II. Nebenstrafrecht

Strassenverkehrsgesetz ([SVG](#); SR 741.01); Sicherungsbeschlagnahme eines geleasteten Motorfahrzeuges zwecks Einziehung ([Art. 90a Abs. 1 lit. a und b SVG](#); [Art. 263 StPO](#)): [BGE 140 IV 133](#)

Besprochen zusammen mit [BGE 139 IV 250](#) in ZBJV 152 (2016). (II. N 5) S. 869.

III. Verfahren

1. Haftbedingungen im Gefängnis Champ-Dollon ([Art. 7, 10 Abs. 3 BV](#); [Art. 3 EMRK](#)): [BGE 140 I 125 E. 3](#)

Ob die Haftbedingungen im Genfer Gefängnis von Champ-Dollon einen Verstoss gegen das Verbot erniedrigender Behandlung ([Art. 3 EMRK](#)) verkörpern, stellt, so die Quintessenz der Entscheidung, eine hochgradig vom konkreten Fall abhängige Frage dar. Da-

ZBJV 153/2017 S. 25, 40

ran ist jedenfalls richtig, dass es auf die gelebte Haftwirklichkeit ankommt und nicht auf die normativen Regeln, die sie idealiter konstituieren (jedenfalls in Zeiten der Überbelegung von gegen 200%). Im Übrigen macht die (notwendige) Fokussierung auf den Einzelfall die Entscheidung schwer prognostizierbar, auch wenn das Bundesgericht für einen Verstoss gegen [Art. 3 EMRK](#) «un minimum de gravité» verlangt (S. 134 E. 3.3). Ausschlaggebend sind die Gesamtumstände, insbesondere Natur (hier Untersuchungs- und Sicherheitshaft) und Kontext der Inhaftierung und Behandlung sowie deren Dauer. Angesichts solch wenig



trennscharfer Kriterien ist es nicht erstaunlich, dass am Ausgangspunkt der Entscheidung eine feste Grösse steht: die verfügbare Zellenfläche. Bei weniger als 3 m² pro Insassen, so gibt das Bundesgericht die Praxis des EGMR wieder und würde es wohl selber auch entscheiden, sei [Art. 3 EMRK](#) in jedem Fall verletzt. Bei einem Wert von 3 m² bis 4 m² (Letzteres die Minimalempfehlung des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe) kommt in Kombination mit anderen Faktoren eine Verletzung von [Art. 3 EMRK](#) in Betracht; dabei steht zuvorderst der Zeitraum, aber auch etwa Hitze, Belüftung, Lichtverhältnisse, Spaziergangsmöglichkeiten, tägliche Aufenthaltsdauer in der Zelle, sanitäre und hygienische Bedingungen sind zu berücksichtigen. Im konkreten Fall ist der Beschwerdeführer insofern erniedrigend behandelt worden, als er zusammen mit fünf anderen Inhaftierten in einer Dreierzelle auf weniger als 3,83 m² Platz 157 aufeinanderfolgende Tage und 23 Stunden pro Tag festgehalten worden ist. Das Bundesgericht stellt die Rechtsverletzung im Dispositiv fest; eine finanzielle Kompensation ist damit nicht verbunden (oder war nicht verlangt?). Zustimmend Gonin, [RDAF 2015 I 258 ff.](#)

2. Haft in Polizeizelle unter rechtswidrigen Bedingungen; Entschädigung ([Art. 3 EMRK](#); [Art. 431 StPO](#)): [BGE 140 I 146](#)

Der Beschwerdeführer war während der Untersuchungshaft zehn Tage lang in einer fensterlosen Polizeizelle mit Beleuchtung rund um die Uhr festgehalten; täglich konnte er einen 30-minütigen Spaziergang absolvieren. Das Bundesgericht fackelt nicht lange und bezeichnet diese Haftbedingungen, die überdies gegen die einschlägigen kantonalen Bestimmungen verstossen, als eine Verletzung von [Art. 3 EMRK](#) (wie schon die Vorinstanz): «[E]lles sont clairement incompa-

ZBJV 153/2017 S. 25, 41

tibles avec le niveau inévitable de souffrance inhérent à toute privation de liberté» (S. 250 E. 2.4.2). Der im Vergleich zum Champ-Dollon-Fall kurze Zeitraum war nicht von Belang. Nunmehr wird auch die Frage der Entschädigung zum Thema: Rechtswidrig angewandte Zwangsmassnahmen führen zu einer angemessenen Entschädigung und Genugtuung ([Art. 431 StPO](#)), sofern allein die Feststellung der Widerrechtlichkeit als Reparation nicht ausreicht. So lag es hier: Angesichts der grundlegenden Bedeutung des Verbots erniedrigender Behandlung ([Art. 3 EMRK](#)) und der Schwere seiner Verletzung war eine Genugtuung am Platz. Ob statt deren auch eine Strafreduktion in Betracht gekommen wäre, blieb offen. Zustimmend auch Collette, [RDAF 2015 I 279 ff.](#)

3. Beschwerdebefugnis der Staatsanwaltschaft gegen vom Zwangsmassnahmengericht festgestellte Rechtswidrigkeit der Untersuchungshaft; Willkür ([Art. 9 BV](#); [Art. 106 Abs. 2 BGG](#); [Art. 235 Abs. 1 und 5, Art. 381 Abs. 1 StPO](#)): [BGE 140 I 125 E. 2](#)

Am Anfang des Champ-Dollon-Verfahrens (vgl. oben III. N 1) stand der prozessuale Reflex von [Art. 3 EMRK](#), wonach ein Untersuchungsgefangener, der darauf gestützt eine verbotene Behandlung moniert, das Recht auf eine Untersuchung der Haftbedingungen hat ([Art. 13 EMRK](#)). Zuständig dafür ist das Zwangsmassnahmengericht. Es hatte sie u.a. betreffend Zellengrösse als rechtswidrig eingestuft. Diesen Feststellungsentscheid focht die Staatsanwaltschaft bei der zuständigen oberen kantonalen Instanz an. Diese kam zum gegenteiligen Schluss: Die Haftbedingungen hätten den gesetzlichen Anforderungen entsprochen. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die staatsanwaltschaftliche Beschwerdebefugnis. Das Bundesgericht weist ihn ab.

Sedes materiae ist das kantonale Recht, dem [Art. 235 Abs. 5 StPO](#) die Beschwerdemöglichkeiten betreffend den Haftvollzug überantwortet (obwohl dort nur von der inhaftierten Person die Rede ist). Das Genfer Recht sieht insoweit eine Beschwerde bei der oberen kantonalen Instanz vor und erklärt die Bestimmungen von [Art. 379–397 StPO](#) für anwendbar. Diese gelten damit als kantonales Recht. Der Staatsanwaltschaft die Beschwerdebefugnis zuzusprechen, wäre deshalb nur dann ein Verstoss gegen Bundesrecht, wenn darin Willkür

ZBJV 153/2017 S. 25, 42

läge ([Art. 9 BV](#)). Es erstaunt nicht, dass das Bundesgericht davon nichts wissen will, hält es doch selber die Staatsanwaltschaft für befugt, einen Haftentlassungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts anzufechten (vgl. [BGE 137 IV 22](#); Bommer/Kaufmann, [ZBJV 151 \[2015\] 913](#)).

4. Polizeigesetz des Kantons Zürich; Kompetenzverteilung; Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1, Art. 123 Abs. 1 BV): [BGE 140 I 353](#)

Die in [Art. 123 Abs. 1 BV](#) verankerte Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts beschränkt sich auf die Repression, d.h. die Verfolgung (und Ahndung) von Straftaten auf der Grundlage eines Tatverdachts. Ermittlungen ohne einen solchen fallen in den von der Strafprozessordnung nicht erfassten Bereich der präventiven Polizeitätigkeit, deren Regelung (weiterhin) den Kantonen obliegt. Deshalb ist es *unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzverteilung* in der Tat nicht zu beanstanden, wenn der Kanton Zürich in seinem Polizeigesetz verdeckte Vorermittlungsmassnahmen verankert. Solche sieht das Bundesgericht im Interesse der Prävention auch ohne Tatverdacht als am Platz, wenn es um schwerwiegende Straftaten geht, etwa bei kriminellen Organisationen ([Art. 260^{ter} StGB](#)), beim Menschenhandel ([Art. 182 StGB](#)), bei der Kommunikation in Chat-Räumen zur Verhinderung von sexuellen Handlungen mit Kindern oder des Missbrauchs von Betäubungsmitteln oder bei den sog. Alkoholtestkäufen. Was diese Letztgenannten betrifft, sind sie unter dem Titel der Abwehr schwerer Straftaten nicht begründbar. Die Aufzählung zeigt aber auch, dass Prävention und Repression innerhalb bestimmter Grenzen austauschbar sind: Indem Vorstufen der eigentlichen Rechtsgutsverletzung wie etwa Gewalt- oder Wirtschaftsverbrechen bei der kriminellen Organisation zu eigenständigen Straftaten erhoben werden, ist strafprozessual ein Zugriff in einem Zeitpunkt möglich, der sich ohne den entsprechenden Tatbestand nur präventiv begründen liesse.

Die verdeckte Vorermittlung (§ 32e PolG-ZH) kann tatverdachtslos «zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten» vom Polizeikommando mit Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts angeordnet werden. Ein verdeckter Vorermittler versucht, «unter einer auf Dauer angelegten falschen Identität durch aktives und zielgerich-

ZBJV 153/2017 S. 25, 43

tetes Verhalten [...] zu anderen Personen Kontakte zu knüpfen und zu ihnen ein Vertrauensverhältnis aufzubauen». Dabei gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei der verdeckten Ermittlung ([Art. 286 Abs. 2 StPO](#)). Das Bundesgericht schützt diese Form präventiver Polizeitätigkeit, ohne dass ihre Problematik deutlich würde (was auch mit der eigenartigen Rüge des Beschwerdeführers zusammenhängen mag, die verdeckte Vorermittlung sei diskriminierend i.S.v. [Art. 8 Abs. 2 BV](#), s. S. 366 E. 7). Ein Blick in die Botschaft (zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff., 1255) hätte die rechtsstaatliche Anfechtbarkeit offengelegt: «Wollte man dagegen die verdeckte Ermittlung bereits dann zulassen, wenn ein für die Eröffnung eines Strafverfahrens genügender Tatverdacht noch nicht vorliegt, erschiene dies rechtsstaatlich als problematisch, denn damit würde die eigentliche Verdachtsausforschung zugelassen.» Es macht die Lage nicht besser, dass dies nun (statt auf Bundes-) auf kantonaler Ebene geschieht. Unerwähnt bleibt etwa das Verhältnis zum Anspruch auf Achtung des Privatlebens ([Art. 13 BV](#); [Art. 8 Abs. 1 EMRK](#)): Dabei hätte sich die Frage gestellt, ob § 32e PolG-ZH den Vorermittlungen hinreichend klare Grenzen setzt. Implizit bejaht sie das Bundesgericht, wenn es darauf hinweist, «dass eine verdeckte Vorermittlung nur zulässig ist, wenn die Schwere der Straftat dies rechtfertigt» (Abs. 2 lit. b; S. 366 E. 7). Aber das ist hier genauso wie in [Art. 286 Abs. 1 lit. b StPO](#) (und [Art. 269 Abs. 1 lit. b StPO](#)) eine Leerformel: Entscheidend käme es darauf an, zu wissen, wie schwer die Straftat wiegen muss, damit die Massnahme gerechtfertigt ist. Der Hinweis auf das Genehmigungserfordernis durch das Zwangsmassnahmengericht macht dies alles nicht besser: Eine Gesetzesbestimmung wird (wohl entgegen [BGE 132 I 49, 58 E. 6.2](#)) nicht dadurch bestimmter, dass sie ein Überprüfungsverfahren vorsieht; dieses ist bei geheimen Zwangsmassnahmen vielmehr prekärer Ersatz der fehlenden Anfechtbarkeit durch den Betroffenen selber. Zusammengefasst: eine vertane Chance, polizeilicher Ermittlung ohne Tatverdacht Grenzen zu setzen.

Eine weit differenziertere Behandlung erfährt § 32f PolG-ZH (Informationsbeschaffung im Internet). Danach kann die Polizei «zur Erfüllung ihrer Aufgaben mit technischen Mitteln im Internet fahnden», und zwar in benutzerbeschränkten virtuellen Kommunikationsplattformen (Internetforen), namentlich zur Abwehr von Amokläufen, Hooliganismus, Aufrufen zu Gewalt, schweren Sexualdelikten oder

ZBJV 153/2017 S. 25, 44

Straftaten gegen besonders verletzbare Einrichtungen der Allgemeinheit. Darin liegt ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis ([Art. 13 Abs. 1 BV](#)), der weit geht: Die Massnahme richtet sich gegen sämtliche Benutzer eines zugangsbeschränkten Internetforums, gegen die keinerlei Anfangsverdacht für rechtswidrige Absichten oder gar ein rechtswidriges Verhalten vorliegt. Das öffentliche Interesse an der Abwehr der genannten Gefahren bzw. Straftaten sieht das Bundesgericht gewahrt. Doch verneint es zu Recht die Verhältnismässigkeit der Massnahme: Das durch [Art. 179^{octies} Abs. 1 StGB](#) statuierte Erfordernis, bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs einer Person eine richterliche Genehmigung einzuholen, war nicht erfüllt, weil in § 32f PolG-ZH nicht vorgesehen. Und auch der nachträgliche Rechtsschutz war nicht

gewährleistet, da keine Mitteilungspflicht und so auch keine Beschwerdemöglichkeit bestand ([Art. 29a BV](#), [Art. 13 EMRK](#)). Deshalb war § 32f PolG-ZH aufzuheben. Zum Umfang der Mitteilungspflicht Hansjakob, Grenzen und Rahmenbedingungen der verdeckten präventiven Tätigkeit der Polizei, FP 2015, 33 ff., 36.

5. Polizeigesetz des Kantons Genf; Observation; verdeckte Fahndung und verdeckte Vorermittlung; Schutz der Privatsphäre ([Art. 13 Abs. 1](#), [Art. 123 Abs. 1 BV](#)): [BGE 140 I 381](#)

Am gleichen Tag der Entscheidung zum Zürcher Polizeigesetz erging, ebenfalls im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, diejenige zum Genfer Pendant: Es sah tatverdachtslos die präventive Observation, die präventive verdeckte Fahndung und die präventive verdeckte Ermittlung vor. Hier nimmt das Bundesgericht im Rahmen von [Art. 13 Abs. 1 BV](#) bzw. [Art. 8 EMRK](#) Stellung zur Rüge der Verletzung des Legalitätsprinzips unter dem Gesichtspunkt der Regelungsdichte. Es sieht die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für alle drei Eingriffe gewahrt: Observation und verdeckte Fahndung würden auch in ihrer strafprozessualen Variante ohne (einschränkenden) Deliktskatalog bestehen ([Art. 282 f.](#), [Art. 298a ff. StPO](#)), alle drei seien auf Verbrechen und Vergehen beschränkt (keine Übertretungen), und dass auch der verdeckten Ermittlung, die als schwerer Eingriff qualifiziert wird, ein Deliktskatalog fehlt, wird gleichfalls nicht beanstandet. Die oben (III. N 4) formulierten Einwände gelten auch hier. Zudem müsste die Zulässigkeit verdachtsloser Ermittlungen wohl enger gefasst sein als diejenige von strafprozessualen, die durch den

ZBJV 153/2017 S. 25, 45

Tatverdacht kanalisiert werden. Der Fall entscheidet sich auch hier am Erfordernis der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn: Die drei Formen präventiver Ermittlungstätigkeit sehen keinerlei Mitteilungspflicht und demnach auch keinen nachträglichen Rechtsschutz vor. Damit geht ihr Missbrauchspotenzial über das Notwendige hinaus, sodass sie aufzuheben waren. Um Missverständnissen vorzubeugen: Aufgehoben wird die Regelung nicht infolge konkreter Anzeichen für entsprechendes Misstrauen; aufgehoben wird sie, weil ihre rechtsstaatliche Qualität nicht das Niveau erreicht, das der Bürger verlangen darf und das auch erreichbar ist.

6. Anspruch auf mündliche Anhörung im Strafverfahren wegen (versuchter) Steuerhinterziehung ([Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#); [Art. 40, 152 Abs. 3 DBG](#)): [BGE 140 I 68 E. 9](#)

Auf Steuerhinterziehungsverfahren, es müsste mittlerweile bekannt sein, ist [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) anwendbar («strafrechtliche Anklage»). Damit verbunden ist ein vom Betroffenen geltend zu machender Anspruch auf mündliche Anhörung vor dem erkennenden Gericht, das über volle Kognition verfügt (besondere Umstände wie Geringfügigkeit des hinterzogenen Betrages vorbehalten). Gegenstand der mündlichen Anhörung sind einzig Sachverhaltselemente des strafrechtlichen Verfahrens, nicht auch solche des mit ihm geführten Veranlagungsverfahrens. Eine vom Bundesgericht ausführlich dargelegte Sondersituation, in der sich die beiden Elemente nicht trennen lassen (v.a. mit Blick auf die Selbstbelastungsfreiheit) mit der Folge, dass [Art. 6 EMRK](#) über seinen eigentlichen Anwendungsbereich hinaus Wirkungen entfaltet, lag i.c. nicht vor. Weil vorinstanzlich keine Anhörung stattfand, war der Fall zu deren Vornahme zurückzuweisen.

7. Begriff des Geschädigten ([Art. 115 Abs. 1 StPO](#); [Art. 260 SchKG](#)): [BGE 140 IV 155](#)

Das Bundesgericht bestätigt seine Praxis zur Geschädigtenstellung: Als Privatklägerschaft kann sich konstituieren, wer i.S.v. [Art. 115 Abs. 1 StPO](#) geschädigt, d.h. durch eine Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist. Bei Straftaten gegen individuelle Rechtsgüter ist dies der Inhaber des geschützten Rechtsgutes, bei Vermögensdelikten (Veruntreuung [Art. 138 StGB](#), ungetreue Geschäftsbesorgung [Art. 159 StGB](#)) zum Nachteil einer Aktiengesell-

ZBJV 153/2017 S. 25, 46

schaft also diese selber, nicht aber deren Gläubiger. Anders liegt es bei den Konkursdelikten, soweit diese das Vermögen der Gläubiger des Gemeinschuldners schützen (betrügerischer Konkurs [Art. 163 StGB](#), Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung [Art. 164 StGB](#), Misswirtschaft [Art. 165 StGB](#)). Bei Straftaten gegen kollektive Rechtsgüter kommt eine Schädigung in Betracht, wenn der Tatbestand «nachrangig oder als Nebenzweck» auch individuelle Interessen schützt. Das ist bei der Urkundenfälschung insofern der Fall, als sie auf die Schädigung einer bestimmten Person abzielt (Schädigungsabsicht, [Art. 251 StGB](#)). Abtretungsgläubiger nach [Art. 260 SchKG](#) sind nicht zur adhäsionsweisen Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche befugt. Denn sie machen ihre Forderungen qua Prozessstandschaft geltend, werden dadurch aber nicht zu Trägern des abgetretenen Anspruchs. Deshalb geht mit der Abtretung nur die



Prozessführungsbefugnis (der Masse) auf sie über, aber nicht die Geschädigtenstellung. Zustimmend Garbaski, *Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse* (art. 260 LP), [GesKR 2014, 536 ff.](#); ablehnend Graf, *Geschädigtenstellung und vertretungsweise Geldmachung von Zivilforderungen im Strafprozess*, Jusletter vom 3. November 2014.

8. Privatküglerschaft einer juristischen Person qua Rechtsnachfolge nach Fusion ([Art. 115 Abs. 1, Art. 118 Abs. 1, Art. 121 StPO](#) ; [Art. 22 Abs. 1 FusG](#)): [BGE 140 IV 162](#)

Nachdem das Bundesgericht in [BGE 139 IV 310](#) den Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche im Adhäsionsprozess ([Art. 122 StPO](#)) näher umrissen und einen Anwendungsfall der Rechtsnachfolge qua gesetzlicher Subrogation i.S.v. [Art. 121 Abs. 2 StPO](#) zu beurteilen hatte (dazu Bommer/Kaufmann, ZBJV 152 [2016] III. N 6 S. 869), ergab sich bald darauf die Gelegenheit, dieselbe Norm darauf hin zu prüfen, ob sie auf Fälle rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge zu erweitern sei: Die E.-AG war mutmasslich Opfer von Wirtschaftsstraftaten geworden. Im Zuge einer Fusion wurde sie von der A.-AG übernommen und im Handelsregister gelöscht. Strittig war die Frage, ob die A.-AG im Strafverfahren als Adhäsionsklägerin kraft Rechtsnachfolge gestützt auf [Art. 121 Abs. 2 StPO](#) zuzulassen sei (eine originäre Parteistellung kam ohnehin nicht in Betracht, und Abs. 1 von [Art. 121 StPO](#) ist offenkundig nur auf natürliche Personen anwendbar). Nach

ZBJV 153/2017 S. 25, 47

eingehender Musterung der Norm unter den Gesichtspunkten der bekannten Auslegungsmethoden kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Wortlaut von [Art. 121 Abs. 2 StPO](#) dessen Sinn zutreffend wiedergibt: Nur wer «von Gesetzes wegen» in die Ansprüche des Rechtsvorgängers eingetreten ist, wird als Adhäsionskläger zugelassen. Das ist bei einer Fusion, weil rechtsgeschäftlicher Natur, nicht der Fall.

9. Anfechtung des Entschädigungsentscheides bei unentgeltlicher Verbeiständung der Privatküglerschaft ([Art. 138 Abs. 1, Art. 135 Abs. 3 StPO](#)): [BGE 140 IV 213](#)

Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Privatküglerschaft ist nicht Verfahrenspartei. Die Berechtigung zur Anfechtung seiner Entschädigung ergibt sich deshalb nicht aus [Art. 382 StPO](#), sondern aus der Sonderordnung von Art. 138 Abs. 1 i.V.m. [Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO](#). Dort ist vorgesehen, dass er den vom kantonalen Berufungsgericht getroffenen Entschädigungsentscheid mit Beschwerde beim Bundesstrafgericht anzufechten hat. Das Bundesgericht erläutert die kompliziert ausgestalteten Rechtsmittelwege bei Streitigkeiten über die Entschädigung und kommt zum Schluss, dass die genannte Bestimmung nur dort greift, wo die *für das obergerichtliche* Verfahren gesprochene Entschädigung strittig ist, nicht aber, wo es, wie im vorliegenden Fall, um die strittige Kürzung der erstinstanzlich gesprochenen Entschädigung geht. Die vom Bundesstrafgericht an das Bundesgericht zuständigkeitshalber überwiesene Beschwerde war deshalb von diesem als Strafrechtsbeschwerde entgegzunehmen.

10. Recht auf Teilnahme an Einvernahme von Beschuldigten in getrennt geführten Verfahren ([Art. 147 Abs. 1 StPO](#)): [BGE 140 IV 172](#)

Nachdem das Bundesgericht in [BGE 139 IV 25](#) ein einigermaßen bestandesfestes Teilnahmerecht des Beschuldigten an der Einvernahme eines Mitbeschuldigten im selben Verfahren befürwortet hatte, unternimmt es nunmehr wenig, um dieser gesetzgeberischen Wertung auch in getrennt geführten Verfahren zum Durchbruch zu verhelfen, mehr noch: Es erklärt das Minus an Teilnahmerechten bei getrennten Verfahren zu einem impliziten Entscheid des Gesetzgebers, der hinzunehmen sei. Die Beschwerdeführerin war mit anderen Personen, u.a. A., an Betäubungsmitteldelikten beteiligt. Ihr Verfahren

ZBJV 153/2017 S. 25, 48

wurde getrennt von demjenigen gegen A. geführt, zu den Einvernahmen von A. wurde sie nicht eingeladen. [Art. 147 Abs. 1 StPO](#) ist nach höchstrichterlicher Auffassung schlicht deshalb nicht verletzt, weil die Beschwerdeführerin im Verfahren gegen A. keine Parteistellung hat. Und die sie belastenden Aussagen des A. konnte sie diesem in einer Konfrontationseinvernahme vorhalten. Ob es genügt, ihr bzw. ihrer Verteidigerin das Protokoll einer am Vortag erfolgten Einvernahme des A. erst eine Stunde vor der Konfrontation auszuhändigen, liess das Bundesgericht mangels rechtzeitiger Rüge offen.

Die Überzeugungskraft dieses Ergebnisses hängt von der Tragfähigkeit der Prämissen ab, auf die es sich stützt. Schon die Ausgangsthese lässt daran zweifeln: dass der Gesetzgeber die Beschneidung der Teilnahmerechte bei getrennten Verfahren (implizit) vorgesehen habe. Das ist so wenig plausibel wie die Gegenposition, dass er die Teilnahmerechte mehrerer Beschuldigter in *einem* Verfahren bewusst so weit



gedehnt hat, wie der Wortlaut von [Art. 147 StPO](#) es nahelegt. Wenn es aber in dieser Konstellation möglich sein soll, dass die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus eingeschränkt werden darf ([BGE 139 IV 25, 37](#)), ist nicht zu sehen, weshalb Gleiches nicht auch vice versa gelten könnte: dass in getrennt geführten Verfahren die Teilnahmerechte weiter gespannt sein könnten, als es das pure Abstellen auf die Rollen glauben macht (diese Überlegung hatte die Vorinstanz zu Recht angestellt, vgl. S. 174). Akzeptiert man diese Ausgangslage, so wäre zunächst, sofern nicht prozessual ausgeschlossen, zu ermitteln, aus welchen sachlichen Gründen ([Art. 30 StPO](#)) vom Regelfall vereiniger Verfahrensführung bei Mittäterschaft oder Teilnahme abgewichen werden durfte ([Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO](#)). Aber – und hier müsste eine auf Harmonisierung gerichtete Interpretation ansetzen – selbst wenn sachliche Gründe für eine getrennte Verfahrensführung vorliegen, bedeutet dies nicht, dass die Sachgesichtspunkte, die bei gesamthafter Verfahrensführung die Teilnahmerechte im Ausmass von [Art. 147 StPO](#) zu legitimieren vermögen (Bedeutung der Einlassungen eines Beschuldigten für den Mitbeschuldigten), nicht auch Beachtung verlangten, soweit es um eine gemeinsame Deliktsbeteiligung geht. Mit andern Worten: Verfahren mit kollektiver Tatverantwortung im Einzelfall getrennt zu führen, mag gute Gründe haben, z.B. nur teilweise sich überschneidende gemeinsame Beteiligungen oder das Beschleunigungsgebot. Das heisst aber noch längst nicht, dass allein aus dem formellen Grund, nicht Mitbeschuldigter im *gemeinsam* (sondern

ZBJV 153/2017 S. 25, 49

in einem getrennt davon) geführten Verfahren zu sein, die Gründe entfallen, aus denen der Gesetzgeber in einem solchen die Teilnahmerechte in der Weise geregelt hat, wie [Art. 147 StPO](#) es vorsieht. So gesehen spricht viel dafür, Mitbeschuldigten in getrennten Verfahren insoweit Parteieigenschaft zuzugestehen, als sie diese in vereinten fraglos hätten. Dass schliesslich das Konfrontationsrecht von [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#) vorbehalten bleibt, ist ohnehin klar; doch sei wieder einmal daran erinnert, dass die [EMRK](#) Minimalgarantien statuiert ([Art. 53 EMRK](#)). Einlässlich kritisch Godenzi, Teilnahmerechte «Parteien» bei getrennt geführten Strafverfahren, FP 2015, 109 ff.

11. Ermächtigung einer Polizistin zur Zeugenaussage im Strafverfahren ([Art. 170 Abs. 2 StPO](#)): [BGE 140 IV 177](#)

Der Entscheid bestätigt eine Selbstverständlichkeit: dass das Amtsgeheimnis ([Art. 320 StGB](#)) zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht in ein und derselben Strafsache nicht gilt. Soweit die Polizistin einer Anzeigepflicht ([Art. 302 StPO](#)) unterliegt, kann sie als Zeugin im Strafverfahren geladen werden und aussagen, ohne dass dazu die Ermächtigung der vorgesetzten Behörde notwendig wäre ([Art. 170 Abs. 2 StPO](#)).

12. Ersatzmassnahmen; Kontaktverbot; Verhältnismässigkeit ([Art. 237 Abs. 1, Abs. 2 lit. g, Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO](#)): [BGE 140 IV 74 E. 2 und 3](#)

(Eine) Ersatzmassnahme(n) anstelle von Untersuchungshaft anzuordnen, gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, und ebenso ist dieser zu beachten bei der Anordnung der Ersatzmassnahme(n) selber. Das bedeutet in zeitlicher Hinsicht, dass Ersatzmassnahmen erstens zu befristen sind und zweitens ausscheiden, wenn auch Untersuchungshaft nicht mehr infrage käme wegen deren grosser zeitlicher Nähe zur erwartbaren Freiheitsstrafe. Insofern stellt das Bundesgericht Untersuchungshaft und Ersatzmassnahme einander gleich: Die Grenze zulässiger Untersuchungshaft stellt zugleich die Grenze zulässiger Ersatzmassnahmen dar. Anders liegt es dort, wo die Untersuchungshaft noch nicht in zeitliche Nähe zur erwartbaren Freiheitsstrafe gerückt ist: Dann beurteilt das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit einer Ersatzmassnahme unter dem Gesichtspunkt ihrer Anrechenbar-

ZBJV 153/2017 S. 25, 50

keit auf die ausgesprochene Strafe. Diese Anrechnung ist nicht wie bei der Untersuchungshaft eins zu eins vorzunehmen ([Art. 51 StGB](#)), sondern mit Blick auf das Ausmass der Beschränkung der persönlichen Freiheit (i.c. Kontaktverbot) festzusetzen und soll jedenfalls unter der halben Dauer der Massnahme liegen (die Vorinstanzen hatten ein Drittel der Massnahmedauer angerechnet). Weil dabei die Gesamtbelastung (inkl. Untersuchungshaft) des Betroffenen hinter der maximal zulässigen Dauer von Untersuchungshaft zurückblieb, war die Verhältnismässigkeit des Kontaktverbotes gewahrt. Daran änderte auch eine leichte Verletzung des Beschleunigungsgebotes ([Art. 5 StPO](#)) nichts. Die Überprüfung der Befristung des Kontaktverbotes war hier insofern einfach, als das erstinstanzliche Strafurteil und damit ein konkretes Strafmass im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Entscheides vorlag. Weniger hilfreich ist dieser für das Zwangsmassnahmengericht und die Beschwerdeinstanz, die über die Dauer der Ersatzmassnahme ohne diese Hilfestellung entscheiden müssen. Vgl. auch Manfrin, Von Ersatzmassnahmen, Kanonen und Spatzen, FP 2015, 243 ff.

13. Ersatzmassnahmen zur Verminderung der Ausführungsgefahr ([Art. 237, 221 Abs. 2 StPO](#)): [BGE 140 IV 19](#)

Anstelle von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft erlaubt [Art. 237 StPO](#), Ersatzmassnahmen anzuordnen, wenn sie den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen. Es ist erfreulich, explizit zu lesen, dass die «Voraussetzungen für Ersatzmassnahmen [...] die gleichen (sind) wie für Untersuchungs- und Sicherheitshaft» und dass sie ausscheiden, wenn es an einem besonderen Haftgrund fehlt (S. 22 E. 2.1.2). Ein solcher lag in casu vor (Ausführungsgefahr). Doch liess sich ihm, statt mit Haft, mit einem Rayon- und Kontaktverbot ([Art. 237 Abs. 2 lit. c StPO](#)) Rechnung tragen, allenfalls verbunden mit deren elektronischer Überwachung ([Art. 237 Abs. 3 StPO](#)).

14. Berechtigung zum Siegelungsantrag ([Art. 248 Abs. 1 StPO](#)): [BGE 140 IV 28](#)

Das Recht, eine Siegelung von Aufzeichnungen oder Gegenständen zu verlangen, soll nach dem Wortlaut von [Art. 248 StPO](#) auf deren Inhaber beschränkt und jedenfalls an die Voraussetzung geknüpft sein, dass diesem ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht zukommt.

ZBJV 153/2017 S. 25, 51

Damit droht die Siegelung zu unterbleiben, wenn der Inhaber kein Interesse daran hat und trotzdem ein Zeugnisverweigerungsrecht im Spiel ist. So lag es in dem Fall, als jemand den Strafverfolgungsbehörden eine CD mit Daten eines Rechtsanwaltes zukommen liess, welche in dem gegen ihn geführten Verfahren (gewerbsmässiger Betrug, Geldwäscherei, [UWG](#)-Vergehen) hätte Verwendung finden sollen. Das Bundesgericht gelangt zum Schluss, dass angesichts ihres inneren Zusammenhanges die Siegelungs(-santragsbefugnis) und die Beschlagnahmefreiheit infolge von Zeugnisverweigerungsrechten aufeinander abzustimmen sind. Weil das Beschlagnahmeverbot «ungeachtet des Ortes» gilt, wo sich die zu beschlagnahmenden Unterlagen befinden ([Art. 264 Abs. 1 StPO](#)), kann es auch für die Berechtigung zum Siegelungsantrag nicht darauf ankommen, ob sie in Händen hält, wer ihn stellt; dazu sind somit auch geheimnisschutzberechtigte Nichtgewahrsamsinhaber befugt. Praktisch bedeutet dies, dass sich die Strafverfolgungsbehörden nach einer Sicherstellung zu überlegen haben, welche Person(en) nach Lage der Dinge als geheimnisschutz- und damit siegelungsantragsberechtigt infrage kommen könnte(n); sie ist (sind) von Amtes wegen zu begrüssen. In der Sache ist die Harmonisierung zwischen [Art. 248 und Art. 264 StPO](#) zu begrüssen. Fraglich bleibt einzig, ob der (deutsche und italienische) Wortlaut, gegen den das Bundesgericht die versammelte Auslegungswucht der übrigen Methoden auffährt, dem Ergebnis tatsächlich so sehr entgegensteht, wie das behauptet wird (wobei es darauf freilich nicht mehr ankommt): Bei Lichte besehen besagt [Art. 248 Abs. 1 StPO](#) nur, dass die Unterlagen «nach Angaben» des Inhabers wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts nicht beschlagnahmt werden dürfen, aber nicht, dass der Inhaber der einzige wäre, der die Siegelung verlangen kann.

15. Beschlagnahme zur Durchsetzung einer Ersatzforderung ([Art. 263 StPO](#); [Art. 70 f. und 73 StGB](#)): [BGE 140 IV 57 E. 4](#)

Die Beschlagnahme zur späteren Vermögenseinziehung richtet sich in Zulässigkeit und Ausmass nach den Regeln, die für jene gelten ([Art 70 Abs. 1 StGB](#)); insbesondere erfordert sie einen sachlichen Zusammenhang zwischen der Straftat und den zu beschlagnahmenden Vermögenswerten. Soweit diese nicht mehr vorhanden sind, kommt eine (staatliche) Ersatzforderung in Betracht ([Art. 71 Abs. 1 StGB](#)).

ZBJV 153/2017 S. 25, 52

Deren Sicherung bestimmt sich nicht nach den strafprozessualen Beschlagnahmeregeln ([Art. 263 StPO](#)), sondern nach der Sondernorm von [Art. 71 Abs. 3 StGB](#). Danach können zur Sicherung der Ersatzforderung Vermögenswerte mit Beschlagnahme belegt werden, ohne dass sie zu denjenigen aus der Straftat, die nicht mehr vorhanden sind (was erst zur Ersatzforderung führt), in einem sachlichen Zusammenhang stehen (ohne Vorzugsrecht in der Zwangsvollstreckung). Beide Formen der Beschlagnahme sind, wie das Bundesgericht mit Recht und gegen die Vorinstanz hervorhebt, auch zulässig, wenn eine Aushändigung an den Verletzten in Rede steht ([Art. 70 Abs. 1 a.E. StGB](#)). Das Ausmass der unter dem Titel «Ersatzforderung» zu beschlagnahmenden Vermögenswerte ergibt sich aus dem Ausmass dessen, was voraussichtlich auszuhändigen ist. Deshalb musste im vorliegenden Fall ein Miteigentumsanteil ([Art. 646 Abs. 3 ZGB](#)) des Beschuldigten an einem Grundstück von der Beschlagnahme erfasst sein, nicht aber in weiter gehendem Ausmass derjenige seiner Ehefrau (vgl. [Art. 70 Abs. 2 StGB](#)) oder ein Grundstück in seinem und anderer Gesamteigentum ([Art. 653 Abs. 3 ZGB](#)); beides hätte intrikate Rechtsfragen aufgeworfen. Um deren



Beantwortung kam das Bundesgericht herum, zumal das Gesetz keine solidarische Haftung von mehreren Beschuldigten aus einer gemeinsamen Verantwortlichkeit für Ersatzforderungen vorsieht.

16. Erhebung von E-Mails beim Anbieter von Fernmeldediensten ([Art. 263 ff. StPO](#); [Art. 23 ff. VÜPF](#); [Art. 13 Abs. 1 BV](#)): [BGE 140 IV 181](#)

Ausführliche Vergleiche mit einer Postsendung erlauben es, die Anwendungsbereiche von geheimer Überwachung und Beschlagnahme im Kontext des E-Mail-Verkehrs zu unterscheiden: Das Fernmeldegeheimnis ([Art. 13 Abs. 1 BV](#)) verhindert, wie der Name schon sagt, Drittzugriffe auf Inhalte im Prozess des Kommunikationsvorganges. Es greift nicht vor dessen Beginn, und es greift nicht nach dessen Abschluss. Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses bei einem Brief erstreckt sich somit von der Übergabe an die Post bis zum Eintreffen beim Empfänger, was in dem Zeitpunkt geschieht, in dem er die alleinige Herrschaft über den Brief erlangt, etwa durch Einwurf in den Briefkasten. Beim Einlegen in ein Postfach besteht eine zwischen dessen Inhaber und der Post geteilte Datenherrschaft,

ZBJV 153/2017 S. 25, 53

mit der Folge, dass diese Phase (noch) unter den Schutz des Fernmeldegeheimnisses fällt. Hat der Inhaber allerdings das Postfach geöffnet und bewahrt er den Brief weiterhin dort auf, erlangt er die alleinige Herrschaft darüber; dann bietet das Briefgeheimnis Schutz gegen eine allfällige Beschlagnahme (wobei sich in dieser Situation die Frage stellt, was sie äusserlich von der anderen Phase unterscheidet, in welcher geteilte Datenherrschaft [Fernmeldeüberwachung, nicht Beschlagnahme] bestehen soll, weil der Empfänger vom Eingang des Briefes noch keine Kenntnis genommen hat). Die Analogien zur E-Mail nehmen sich folgendermassen aus: Wenn sie auf dem Server des Providers eintrifft, liegt die Sachlage wie beim Brief im Postfach; diese Kommunikation steht ebenso unter dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses. Behördlicher Zugriff darauf kommt nur unter den Voraussetzungen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs infrage ([Art. 268 ff. StPO](#)). Diese Situation ändert in dem Moment, in welchem der Empfänger die E-Mail abrufen, d.h. deren Eingang zur Kenntnis nimmt, indem er sein Konto abrufen. Dann kann sie wie ein Brief beschlagnahmt werden, unabhängig vom Ort ihrer Speicherung (lokale Datenverarbeitungsanlage oder Server des Providers). Gelegenheit, all dies zu erläutern, gab dem Bundesgericht eine ungeschlüssige Staatsanwaltschaft, die sich nicht recht zwischen der Beschlagnahme von E-Mails und der Überwachung des E-Mail-Verkehrs entscheiden konnte. Nunmehr ist klar: Beides ist möglich, je nach Gegenstand.

17. Keine Beschlagnahme von Unterlagen aus dem Verkehr des Beschuldigten mit Medienschaffenden ([Art. 264 Abs. 1 lit. c, Art. 172 StPO](#); [Art. 17 Abs. 3 BV](#); [Art. 10 EMRK](#)): [BGE 140 IV 108](#)

Im Rahmen der Vorgänge, die den Rücktritt des damaligen Präsidenten der Nationalbank zur Folge hatten, führte die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren gegen Christoph Blocher wegen Gehilfenschaft und versuchter Verleitung zur Verletzung des Bankgeheimnisses ([Art. 47 BankG](#)) und versiegelte bei ihm verschiedene Unterlagen, u.a. solche aus dem Verkehr mit der «Weltwoche». Das Bundesgericht hatte letztinstanzlich über deren Entsigelung zu entscheiden. Es nimmt [Art. 264 Abs. 1 \(lit. c\) StPO](#) beim Wort, wonach die Unterlagen dem Beschlagnahmeverbot «ungeachtet des Ortes, wo

ZBJV 153/2017 S. 25, 54

sie sich befinden», unterliegen (eine Präzisierung, die dem ehemaligen Justizminister, nachdem er sie in der parlamentarischen Beratung der Strafprozessordnung noch als unnötig abgelehnt hatte [vgl. S. 107 E. 6.6.3 und 6.6.4], nunmehr klärend zur Seite stand). Auch aus dem Zweck des Redaktionsgeheimnisses ([Art. 17 Abs. 3 BV](#)) sowie aus rechtspolitischen Überlegungen zum «Wächteramt» der Medien (S. 114 f. E. 6.7) ergibt sich nicht, dass das Gesetz gegen seinen Wortlaut auszulegen wäre. Die Vorinstanz hatte deshalb die Unterlagen in dem genannten Umfang an den Beschwerdeführer zurückzugeben. Zustimmend Schwaibold, Aus- und Fernwirkungen des Redaktionsgeheimnisses, FP 2014, 357 ff.

18. Anfechtbarkeit und Dauer der Telefonüberwachung; Zufallsfund ([Art. 269 ff. StPO](#); [Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG](#)): [BGE 140 IV 40](#)

Die (nachträgliche) Anfechtung einer genehmigten Telefonüberwachung (Zwischenentscheid i.S.v. [Art. 93 Abs. 1 BGG](#)) hat im Anschluss an ihre Mitteilung durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen ([Art. 279 Abs. 3 StPO](#)), nicht vor dem Sachrichter (S. 42 E. 1.1). – In der Sache enthält der Entscheid auf den Einzelfall gemünzte kurze Erwägungen zu Zufallsfunden und zum Recht auf Akteneinsicht in Drittverfahren. Erwähnenswert immerhin, dass kein Anspruch des Beschuldigten darauf besteht, dass die



Strafverfolgungsbehörden ihn an der Begehung weiterer Straftaten (qualifizierte Betäubungsmitteldelikte) durch Festnahme/Verhaftung hindern, sondern die Telefonüberwachung fortsetzen und erst nach erklecklichem Anwachsen der Drogenmenge einschreiten. Die Untersuchungsführung erklärt das Bundesgericht zum Gegenstand pflichtgemässen Ermessens der Strafverfolgungsbehörde, allerdings nicht ohne den Hinweis, dass «auch dem Rechtsgüterschutz und dem Grundsatz der gleichmässigen Durchsetzung des Strafrechts Rechnung zu tragen» sei (S. 46 E. 4.4.2). Diese heikle Frage des richtigen Eingriffszeitpunktes bedürfte vertiefter Befassung, auch wenn klar sein mag, dass es kein subjektives Recht des Einzelnen geben kann, an der Begehung von Straftaten gehindert zu werden. Aber wie sehr hat die Rechtsgemeinschaft einen Anspruch darauf, dass Straftaten unterbunden werden, wo dies möglich ist? Kurz: In welchem Verhältnis stehen Überführungsbemühungen zur Kriminalprävention?

ZBJV 153/2017 S. 25, 55

19. Vorladung zu einer Vergleichsverhandlung; Officialdelikt ([Art. 316 Abs. 1 StPO](#)): [BGE 140 IV 118](#)

Die Privatklägerin und der Beschuldigte waren in einem Verfahren wegen einfacher Körperverletzung und Nötigung zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen worden. Sie erschien nicht, worauf die Staatsanwaltschaft den Strafantrag betreffend [Art. 123 StGB](#) als zurückgezogen betrachtete und (auch) das Verfahren betreffend [Art. 181 StGB](#) (Officialdelikt) mangels hinreichender Beweise einstellte. Strittig war die Frage, ob die Vorladung der Privatklägerin zur Vergleichsverhandlung [Art. 316 Abs. 1 StPO](#) verletze. Der französische Gesetzestext verlangt insoweit, dass «la procédure préliminaire porte *exclusivement* sur des infractions poursuivies sur plainte», während die deutsche und die italienische Fassung es genügen lassen, dass «Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind» bzw. «il procedimento concerne reati perseguibili a querela di parte». Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte erklärt das Bundesgericht die deutsche und die italienische Fassung für massgebend und schützt die Verfahrenseinstellung.

Erstaunlich an dem Entscheid ist zunächst, dass er nicht in den Kontext gestellt wird, in den er thematisch gehört: denjenigen des Opfer- und Verletztenschutzes. Die Privatklägerin hatte nämlich deshalb die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung verweigert, weil sie dem Beschuldigten nicht erneut begegnen wollte. Dazu verliert das Bundesgericht kein Wort. Für die zu lösende Rechtsfrage ist das nicht unerheblich: Je weiter der Anwendungsbereich von [Art. 316 Abs. 1 StPO](#) gezogen wird, desto wirkmächtiger wird die harsche Regel, die er enthält: den Verfahrensausschluss des Verletzten, obwohl dieser mit dem Strafantrag seinen Willen zur Strafverfolgung bekundet hat. (Die auf Verfahrenserledigung ausgerichtete Stossrichtung der Bestimmung ist, nimmt man sie beim Wort, offensichtlich, nicht anders als die Rückzugsfiktion der Einsprache nach Nichterscheinen zu einer Einvernahme im Strafbefehlsverfahren [[Art. 355 Abs. 2 StPO](#)], vgl. [BGE 140 IV 82](#), unten III. 21). Dieser Gesichtspunkt wäre zumindest auch zu berücksichtigen, statt die Entscheidung allein von den jeweiligen Wortlauten abhängig zu machen. Selbst beschränkt auf sie bleibt eine Dimension unbeachtet: Die deutschsprachige Fassung leitet ein mit der Konjunktion «Soweit (Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind)...» und lässt somit Abstufungen zu, was für die Deutung

ZBJV 153/2017 S. 25, 56

des Urteils spricht. Die französische und die italienische Fassung hingegen formulieren apodiktischer: «Lorsque (la procédure préliminaire porte *exclusivement* sur des infractions poursuivies sur plainte)...» bzw. «Se (il procedimento concerne reati perseguibili a querela di parte)...»; beide sind einer Entweder-oder-Logik verpflichtet und stellen sich damit gegen die bundesgerichtliche Auffassung. Vor allem aber hätte der massive Widerspruch zwischen dem Wortlaut der Parallelnorm im Vorentwurf (Art. 346 VE-[StPO](#)) und deren Explizierung im Begleitbericht, auf die sich das Bundesgericht entscheidend stützt, auffallen und zu vorsichtigerem Umgang mit der Entstehungsgeschichte mahnen müssen. «Hat das Vorverfahren ausschliesslich Antragsdelikte zum Gegenstand...» wird im Begleitbericht dahin erläutert, dass «Art. 346 VE [...], falls lediglich Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens bilden [...], einen Vergleichsversuch vor[sieht], den die Staatsanwaltschaft [...] durchzuführen hat. Natürlich darf die Staatsanwaltschaft auch dann einen Vergleich anstreben, wenn die Antrags- neben Officialdelikten zu verfolgen sind» (Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, 206). Selbst wenn in der Folge die Ausschliesslichkeitsklausel in den zwei genannten Fassungen gestrichen wurde, ist der bundesgerichtliche Befund eines «pure erreur dans le processus législatif» (S. 122 E. 3.3.2) weit davon entfernt, die strittige Frage entschieden zu haben: Einerseits spricht vieles dafür, dass die Botschaft, auch wenn dies in Art. 316 E-[StPO](#) nicht zum Ausdruck kommt, nach wie vor davon ausging, dass die Vergleichsvorladung allein im Fall von Antragsdelikten zulässig sein sollte. In der einschlägigen Passage ist stets die Rede von Antragsdelikten bzw. der antragstellenden Person; es fehlt jeder Hinweis darauf, dass auch Officialdelikte erfasst sein könnten (Botschaft [oben III. N 4], 1268). Zudem heisst es im Kontext des Vergleichs im Jugendstrafverfahren (Art. 17 E-JStrV; Art. 16 JStrV) explizit, dass nach «Artikel 316 E-[StPO](#)

[...] Vergleichsverhandlungen einzig in Fällen vorgesehen [sind], die *ausschliesslich* Antragsdelikte betreffen...» (Botschaft, a.a.O., 1362 Anm. 518 [Hervorhebung durch den Verf.]). Andererseits enthielt der Vorentwurf – das Bundesgericht erwähnt es mit keinem Wort – die Bestimmung, dass nur ein *unentschuldigtes* Ausbleiben des Antragstellers als Rückzug des Strafantrages gewertet wird (Art. 346 Abs. 2 VE-[StPO](#)). Diese Einschränkung fand sich im Entwurf nicht mehr (Art. 316 E-[StPO](#)), die Botschaft spricht jedoch unzweideutig davon, dass nur

ZBJV 153/2017 S. 25, 57

das unentschuldigte Ausbleiben als Dahinfallen des Strafantrages betrachtet wird (a.a.O. 1268). Das ist in der Sache anders auch gar nicht ernsthaft diskutabel, entschuldigtes Fernbleiben kann nicht zum Rechtsverlust führen. Diskutabel ist einzig, ob die offene Weigerung, zum Vergleichsversuch zu erscheinen, die Absenz als entschuldigt erscheinen lässt. Das Bundesgericht ist offenbar gegenteiliger Ansicht, wenn es festhält, «[l]a conciliation de l'art. 316 al. 1 CPP contraint [...] la partie plaignante à se présenter à l'audience de conciliation» (S. 123 E. 3.3.3). Damit verkommt eine Norm, deren hehres Ziel eine Versöhnung oder zumindest eine gütliche Einigung (S. 122 f.) zwischen zwei Kontrahenten ist, zum Auslöser eines Prozedere, das voraussehbar weder den beiden noch dem Verfahren etwas nützt. Vernünftig begründbar ist nur der Weg, den Willen des Strafantragstellers zu respektieren, ohne daran die Rückzugsfolge zu knüpfen. Sie selber scheint allein dann am Platz, wenn sich aus seinem Verhalten auf ein offensichtliches Desinteresse an der weiteren Verfolgung der Straftat schliessen lässt, sodass kontrafaktisches Festhalten am Strafantrag als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen wäre ([Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO](#)). Diese Deutung entkräftet zudem das eingangs geäusserte Bedenken, dass sich die Auslegung des Bundesgerichts für berechnete Verletztenbelange taub stellt.

Zusammengefasst: Im vorliegenden Fall hätte unabhängig von der bundesgerichtlich identifizierten Wortlautfrage das Ausbleiben der Strafantragstellerin nicht als Rückzug des Strafantrages gewertet werden dürfen, weil nur unbegründetes Fernbleiben diese Folge haben kann. Jedoch muss es ihrer Entscheidung überlassen bleiben, ob sie sich auf einen Vergleichsversuch einlassen will; ihre Weigerung erscheint begründet. Noch wenn dem anders wäre, spricht mehr dafür, [Art. 316 Abs. 1 StPO](#) nur auf Konstellationen anzuwenden, wo es allein um Antragsdelikte geht (und damit nicht auf die vorliegende). Neben den bereits genannten Überlegungen gibt es dafür zwei weitere: Aus der Perspektive des Beschuldigten ist die Beschränkung auf Antragsdelikte ein Gewinn: Er wird eher bereit sein, sich auf Vergleichsverhandlungen einzulassen, wenn damit die Erledigung des gesamten Verfahrens in Aussicht steht. Und soweit hinter der Regelung auch der Gedanke steht, die Strafverfolgungsbehörden zu entlasten (so Botschaft, a.a.O., 1268), erscheint dieses Unterfangen allenfalls dort Erfolg versprechend, wo ein erfolgreicher Vergleich das Verfahren beendet, aber weniger bei einem Antragsdelikt als Appendix zu

ZBJV 153/2017 S. 25, 58

einem Offizialdelikt, dessen Verfolgung ohnehin fortzusetzen ist. Kritisch auch Anm. Schwaibold, "Bad law makes hard cases", FP 2015, 37 ff.

20. Strafbefehl; Inhalt und Funktion; Anklagegrundsatz ([Art. 353 Abs. 1 lit. c](#), [Art. 356, 325 Abs. 1 lit. f StPO](#)): [BGE 140 IV 188](#)

Ein Strafbefehl hat eine doppelte Funktion zu erfüllen: Einerseits ist er Ersatz für die Anklage im Falle einer Einsprache ([Art. 356 Abs. 1 StPO](#)), andererseits wird er zum rechtskräftigen Urteil, wenn eine solche nicht erfolgt ([Art. 354 Abs. 3 StPO](#)). Das bedeutet, dass er die Anforderungen sowohl an eine Anklageschrift wie auch an ein Urteil zu erfüllen hat. Praktisch ist der erstgenannte Fall von Bedeutung (der zweite nicht, weil gegen das Urteil, Nichtigkeit vorbehalten, nichts mehr auszurichten ist): Der Strafbefehl hat (auch) den Anforderungen einer Anklageschrift zu genügen; insbesondere ist darin der Anklagevorwurf als Lebenssachverhalt zu umschreiben ([Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO](#)), die Aufzählung allein der missachteten Vorschriften genügt nicht. In einem solchen Fall hat das Gericht die Anklage zur Verbesserung zurückzuweisen ([Art. 329 Abs. 2 Satz 1 StPO](#)).

21. Strafbefehl; Rückzugsfiktion bei Säumnis im Einspracheverfahren ([Art. 355 Abs. 2, Art. 3 StPO](#)): [BGE 140 IV 82](#)

Wer nach erhobener Einsprache einer Vorladung zur Einvernahme unentschuldig fernbleibt, wird so behandelt, als hätte er die Einsprache zurückgezogen ([Art. 355 Abs. 1 StPO](#)). So ist es einer Einsprecherin ergangen, die während der siebentägigen Abholfrist ([Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO](#)) ferienabwesend war und deshalb nicht wusste, dass sie zu einer Einvernahme hätte erscheinen sollen. Das Bundesgericht versucht zu Recht, die einschneidenden Folgen dieser ersichtlich auf Verfahrenserledigung getrimmten Regelung



abzumildern. Es tut dies vor dem Hintergrund, dass die Sonderordnung des Strafbefehlsverfahrens nicht aus sich selber heraus zu deuten ist, sondern vor dem Gesamtensemble der einschlägigen Bestimmungen der Strafprozessordnung (S. 85 E. 2.5) sowie des übergeordneten Rechts. Die Begründung changiert zwischen den beiden Ebenen:

Mit der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie ([Art. 29a BV](#)) und dem konventionsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu einem Gericht ([Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#)) lässt sich das Strafbefehlsverfahren

ZBJV 153/2017 S. 25, 59

nur vereinbaren, wenn sichergestellt ist, dass der Verzicht auf ein ordentliches Verfahren dem Willen des Beschuldigten entspricht. Dafür ist Kenntnis der Folgen der jeweiligen Prozesshandlungen vorausgesetzt, m.a.W. der doppelten Fiktion von [Art. 355 Abs. 2 StPO](#): Kenntnis der Vorladung sowie Kenntnis der Folgen unentschuldigter Fernbleibens. Beides war im vorliegenden Fall nicht gegeben, sodass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben war.

Zum selben Ergebnis führt die Betrachtung der einfachgesetzlichen Rechtslage. (An ihr wird zudem das vorhandene oder eben fehlende Interesse der Strafjustiz an den jeweiligen Einvernahmen deutlich.) Die Vorladung im Strafbefehlsverfahren unterscheidet sich markant von den allgemeinen Regeln. Im Normalfall ([Art. 201 ff. StPO](#)) hat unentschuldigtes Nichterscheinen zu einer Einvernahme die polizeiliche Vorführung zur Folge ([Art. 205 Abs. 4 StPO](#)), im Strafbefehlsverfahren hingegen, wie das Bundesgericht zu Recht anmerkt, den «Totalverlust des Rechtsschutzes [...], und dies, obwohl der Betroffene ausdrücklich Einsprache erhoben und damit genau diesen Rechtsschutz bei der zuständigen Behörde beantragt hat» (S. 85 E. 2.4). Im Normalfall muss die Rechtsfolge unentschuldigter Nichterscheinens angedroht werden ([Art. 201 Abs. 2 lit. f StPO](#)), im Strafbefehlsverfahren nur die Rechtsfolge unterbliebener Einsprache ([Art. 353 Abs. 1 lit. i StPO](#)). Selbst wenn kraft Geltung der allgemeinen Regeln auch in diesem letztgenannten Fall mit dem Strafbefehl formulärmässig auf die Folgen des Nichterscheinens zur Einvernahme hingewiesen wird (so etwa die Berner Praxis, anders z.B. die sankt-gallische), ist fraglich, inwiefern damit der Aufklärungspflicht nachgelebt wird. Treu und Glauben im Strafprozess ([Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO](#)) gebieten es jedenfalls, auf ein Desinteresse am weiteren Gang des Strafverfahrens nur zu schliessen, wenn die effektive Kenntnisnahme von der Vorladung erstellt ist. Daran fehlte es im konkreten Fall. Dass damit die Zustellungsfiktion von [Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO](#) «praktisch ausgehebelt» wird (so Roth, [Strassenverkehr 3/2014, 31](#)), ist ebenso richtig wie gerechtfertigt: Sie kann im Strafbefehlsverfahren angesichts seiner Defizite nicht auch noch Geltung beanspruchen (das Rechtsmissbrauchsverbot natürlich vorbehalten). Dieses Ergebnis lässt sich in einfachen Worten auch anders ausdrücken: «Unentschuldigter» i.S.v. [Art. 355 Abs. 2 StPO](#) ist das Nichterscheinen zu einer Einvernahme nur, wenn der Betroffene Kenntnis von der Vorladung und den Folgen ihrer Missachtung hat.

ZBJV 153/2017 S. 25, 60

22. Strafbefehl; Rückzugsfiktion bei Säumnis im Einspracheverfahren; Vorladung des Beschuldigten im Ausland ([Art. 355 Abs. 2](#), [Art. 201](#), [Art. 205 StPO](#) ; [Art. 69 f. IRSG](#)): [BGE 140 IV 86](#)

Ein slowakischer Chauffeur hatte Einsprache gegen einen Strafbefehl wegen verschiedener Übertretungen des Strassenverkehrsgesetzes erhoben und ersuchte um rechtshilfweise Einvernahme. Die Staatsanwaltschaft lehnte das Gesuch ab und lud ihn zur Einvernahme in die Schweiz vor. Nachdem er nicht erschienen war, betrachtete sie die Einsprache gegen den Strafbefehl als zurückgezogen. Dem hatte bereits die Vorinstanz widersprochen, und das Bundesgericht bestätigte seine Praxis (wenn auch nur in einer Hilfsbegründung, S. 91 f. E. 2.6): Das Gesuch um rogatorische Einvernahme zeigt deutlich, dass mitnichten ein Fall vorliegt, der es erlauben würde, aus dem Verhalten des Betroffenen auf dessen Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens zu schliessen. Dass er nicht bereit war, sich in die Schweiz zu begeben, ändert daran nichts, weil zum persönlichen Erscheinen keine Verpflichtung bestand. Deshalb konnte die Rückzugsfiktion nicht greifen. Aus diesem Grund fällt wenig ins Gewicht, dass die Hauptbegründung nicht ganz über jeden Zweifel erhaben ist: Zwar ist richtig, dass die Ausübung staatlicher Gewalt schweizerischen Behörden nur innerhalb der schweizerischen Grenzen erlaubt ist. Das bedeutet allerdings noch nicht, dass die direkte Zustellung der Vorladung ins Ausland unzulässig wäre; [Art. 52 Abs. 1 SDÜ](#) sieht sie explizit vor, und in diesem Umfang entfällt eine Souveränitätsverletzung des Wohnsitzstaates. Strittig ist die Frage, inwiefern eine solche in einer mit der Vorladung verbundenen Zwangsandrohung läge (im umgekehrten Fall würde die Schweiz eine solche nicht zustellen, vgl. [Art. 69 Abs. 2 IRSG](#)): Ist die *Androhung* von Zwang, der, im Ausland durchgeführt, fraglos eine Souveränitätsverletzung darstellte, selber schon eine solche? Praktische Bedeutung hat die Frage nicht: Weil die Vorladung ohnehin nicht durchsetzbar wäre, hat es wenig Sinn, sie mit einer Zwangsandrohung zu versehen ([Art. 201 Abs. 2 lit. f](#), [Art. 205 Abs. 4 StPO](#)). Die



Vorladung wird damit in der Sache zur Einladung, deren Befolgung dem Einsprecher freisteht. Damit büsst sie ihren verpflichtenden Charakter ein. Wenn dem so ist, dann erscheint die Folgerung des Bundesgerichts richtig, dass dem Einsprecher aus ihrer Nichtbeachtung keine Rechtsnachteile erwachsen dürfen (anders Donatsch/

ZBJV 153/2017 S. 25, 61

Heimgartner/Meyer/Simonek, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, 39 f.). Auch aus diesem Grund greift die Rückzugsfiktion der Einsprache bei unentschuldigtem Nichterscheinen zur Einvernahme nicht ([Art. 355 Abs. 2 StPO](#)). Dass eine Auslieferung angesichts der Bagatelhaftigkeit der Straftaten (Übertretungen) im konkreten Fall ausschied, ändert daran nichts. Ein Begehren um rogatorische Einvernahme durch die slowakischen Behörden bleibt möglich (besser: wäre geblieben, wenn nicht die Verfolgungsverjährung eingetreten wäre). Ablehnend Largiadèr, Vorladungen ins Ausland nur Einladungen?, FP 2014, 293 f.

23. Verfahren vor den Übertretungsstrafbehörden ([Art. 357 StPO](#)): [BGE 140 IV 192](#)

Soweit das kantonale Recht Übertretungsstrafbehörden vorsieht, treten diese in ihrem Zuständigkeitsbereich vollständig an die Stelle der Staatsanwaltschaft ([Art. 357 Abs. 1 StPO](#)). Sie verfahren nach den Vorschriften des Strafbefehlsverfahrens ([Art. 357 Abs. 2 StPO](#)), dessen Ordnung als abschliessend zu betrachten ist; für abweichendes kantonales Recht bleibt kein Raum. Es ist deshalb bundesrechtswidrig, gegen Strafverfügungen der Übertretungsstrafbehörden die Anfechtung bei der Staatsanwaltschaft vorzusehen und diese über die Gültigkeit einer Einsprache entscheiden zu lassen. Diese Aufgabe ist dem erstinstanzlichen Gericht übertragen ([Art. 356 Abs. 2 StPO](#)).

24. Unmittelbarkeitsprinzip im Berufungsverfahren ([Art. 389 Abs. 1 und 2, Art. 343 Abs. 3 StPO](#)): [BGE 140 IV 196](#)

In einem Fall, der es in der Zentralschweiz zu einiger Berühmtheit gebracht hat, erläutert das Bundesgericht, unter welchen Voraussetzungen im oberinstanzlichen Verfahren eine unmittelbare Beweisaufnahme, i.c. eine Zeugeneinvernahme, notwendig ist. Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass im Strafprozess, wenn überhaupt, eine *einmalige* (i.S.v. einzige) Unmittelbarkeit in der ersten Instanz vorgesehen ist und das Rechtsmittelverfahren auf den Beweisen aus dem Vor- und dem Hauptverfahren gründet ([Art. 389 Abs. 1 StPO](#)). Ausnahmsweise werden Beweisabnahmen wiederholt, wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind, die Beweiserhebungen unvollständig

ZBJV 153/2017 S. 25, 62

waren oder die Akten über die Beweiserhebungen unzuverlässig erscheinen (Abs. 2 lit. a–c [StPO](#)). Dazu kommt die auf [Art. 405 Abs. 1 StPO](#) gestützte Transposition der Regelung von [Art. 343 StPO](#) eine Oktave höher, was sich wie folgt anhört: Das Berufungsgericht hat Beweise zu erheben, die in der ersten Instanz nicht oder nur unvollständig erhoben wurden und deren unmittelbare Kenntnis für das Urteil notwendig ist. Warum insofern nur ein Torso von [Art. 343 StPO](#) vermerkt ist, bleibt unklar. Vollständig müsste die Transposition lauten: Das Berufungsgericht hat neue Beweise zu erheben, unvollständig erhobene zu ergänzen und nicht ordnungsgemäss erhobene erneut zu erheben, zudem erhebt es im Hauptverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint. Einleuchtend ist schliesslich wiederum, dass eine unmittelbare Beweisaufnahme dort am Platz erscheint, wo das Berufungsgericht von der erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung abzuweichen gedenkt. Im konkreten Fall ging es um die Konstellation von [Art. 343 Abs. 3 StPO](#), dass den Aussagen des Hauptbelastungszeugen, der weder in erster noch in zweiter Instanz erschienen war, ausschlaggebende Bedeutung zukam. Strittig war, ob die vorinstanzlichen Anstrengungen zu seiner Auffindung (öffentliche Bekanntmachung nach [Art. 88 StPO](#)) ausreichend waren. Das Bundesgericht verneint dies mit dem Hinweis auf die unterbliebene Personenfahndung ([Art. 210 Abs. 1 StPO](#)) und trägt sie nachzuholen der Vorinstanz auf. Zugleich macht es deutlich, dass für den Fall erneuter Erfolglosigkeit dennoch auf die früheren, unter Wahrung des Konfrontationsanspruchs erhobenen Aussagen des Belastungszeugen abgestellt werden darf, verlangt aber deren besonders sorgfältige Prüfung.

25. Beschwerde gegen Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ([Art. 393 Abs. 1 lit. b, Art. 65 Abs. 1 StPO](#)): [BGE 140 IV 202](#)

Gegen die Weigerung der ersten Instanz, dem Beschuldigten einen amtlichen Verteidiger beizugeben, steht die Beschwerde an die Beschwerdeinstanz offen. Das Bundesgericht begründet dies in zwei Schritten: Erstens darf die französische Fassung von [Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO](#), wonach eine Beschwerde gegen Verfügungen usw. «de la direction de la procédure» ausgeschlossen ist, nicht so verstanden

ZBJV 153/2017 S. 25, 63

werden, als ginge es dabei um solche der Verfahrensleitung, in [Art. 136 Abs. 1 StPO](#) (Eingangssatz), wo die Anordnung einer amtlichen Verteidigung geregelt ist, ebenfalls «direction de la procédure» genannt. Der Beschwerdeausschluss bezieht sich vielmehr auf verfahrensleitende Entscheide, nicht auf Entscheide der Verfahrensleitung. Zweitens präzisiert das Bundesgericht diesen Kreis der verfahrensleitenden Entscheide, die nicht selbständig mit Beschwerde, sondern erst mit dem Endurteil anfechtbar sind ([Art. 65 Abs. 1, Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO](#)), dahin gehend, dass zu ihm solche Entscheide nicht gehören, die einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können. Diese sind selbständig mit Beschwerde anfechtbar, und zu ihnen gehört auch der Entscheid, dem Beschuldigten einen amtlichen Verteidiger zu verweigern. Diese Lösung stimmt zudem mit der Situation überein, dass im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft die Ernennung eines amtlichen Verteidigers ablehnt; auch dagegen ist die Beschwerde zulässig ([Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO](#); [BGE 139 IV 113](#)).

26. Umfang der Anschlussberufung ([Art. 401 StPO](#)): [BGE 140 IV 92](#)

Das Bundesgericht sieht sich gezwungen, eine Selbstverständlichkeit zu bestätigen, wiewohl diese so nicht explizit im Gesetz zu finden ist: Wenn die Privatklägerschaft Berufung einreicht und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung erhebt ([Art. 401 StPO](#)), dann erstreckt sich «der Radar» der Anschlussberufung maximal auf den Gegenstand, den die Hauptberufung der Privatklägerschaft erfasst. Andere von der ersten Instanz beurteilte Straftaten, zu deren Anfechtung die Privatklägerschaft nicht befugt ist (weil sie andere Geschädigte betreffen oder keinen individuellen Geschädigten kennen), sind von der Anschlussberufung nicht tangiert. Denn das Gesetz sieht vor, dass bei Rückzug der oder Nichteintreten auf die Berufung (der Privatklägerschaft) die Anschlussberufung dahinfällt ([Art. 401 Abs. 3 StPO](#)). Daraus ergibt sich der zulässige Umfang der Anschlussberufung: Er kann, in persönlicher und in sachlicher Hinsicht, nicht weiter reichen, als es die Hauptberufung tut. Von ihr nicht erfasste Straftaten und Straftäter bleiben von der Anschlussberufung unberührt. Die gegenteilige Position würde zudem das Verbot der reformatio in peius ([Art. 391 Abs. 2 StPO](#)) verletzen.

ZBJV 153/2017 S. 25, 64

27. Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110)

a) Beschwerderecht trotz weggefallenen aktuellen praktischen Interesses ([Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG](#)): [BGE 140 IV 74 E. 1](#)

Das Bundesgericht tritt auf eine Strafrechtsbeschwerde nur ein bei rechtlich geschütztem Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides ([Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG](#)). Ausnahmsweise verzichtet es auf diese Eintretensvoraussetzung, «wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt» (S. 78 E. 1.3.3). Das kam hier bei Ersatzmassnahmen in Betracht, die im Zeitpunkt des höchstrichterlichen Entscheides i.d.R. bereits aufgehoben, unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit jedoch klärungsbedürftig sind. Näher oben III. N 12.

b) Keine Kognitionsbeschränkung bei Überprüfung strafprozessualer Zwangsmassnahmen ([Art. 98, 106 Abs. 2 BGG](#); [Art. 196 ff. und 263 ff. StPO](#)): [BGE 140 IV 57 E. 2](#)

Das Bundesgericht bestätigt (zu Recht) seine Praxis, strafprozessuale Zwangsmassnahmen (i.c. Beschlagnahme) nicht als vorsorgliche Massnahmen i.S.v. [Art. 98 BGG](#) zu betrachten. Das hat zur Folge, dass keine Rügebeschränkung auf verfassungsmässige Rechte Platz greift, sondern sie der freien Überprüfung unterliegen, insbesondere hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Gesetzesrecht, scil. der Strafprozessordnung. Zudem gilt das Rügeprinzip von [Art. 106 Abs. 2 BGG](#) nicht.



IV. Hinweise auf weitere BGE mit Bezug zum Straf- oder Strafprozessrecht

Nachfolgend finden sich, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, Hinweise auf weitere Entscheidungen des Bundesgerichts aus dem Band 140, die für strafrechtlich oder strafprozessual Interessierte von Bedeutung sein können. Für die Besprechung sei auf die einschlägigen Beiträge der Rezensentinnen und Rezensenten in der ZBJV verwiesen.

ZBJV 153/2017 S. 25, 65

[140 I 2](#) Änderung des Konkordats über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen; abstrakte Normenkontrolle ([Art. 10 Abs. 2](#), [Art. 13 Abs. 2](#), [Art. 35 Abs. 2](#), [Art. 36, 57 und 123 BV](#); [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#)): [BGE 140 I 2](#) (Hooligan-Konkordat, vgl. bereits [BGE 137 I 31](#))

[140 II 1](#) Gesetzmässigkeit einer zweiten Ausschaffungshaft im gleichen ausländerrechtlichen Verfahren; veränderte Verhältnisse ([Art. 31 BV](#); Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMKR)

[140 II 65](#) Nichtigerklärung der erleichterten Einbürgerung nach Verschweigen von Straftaten ([Art. 41 Abs. 1 BÜG](#))

[140 II 384](#) Berechnung der gegen eine Casinobetreiberin ausgesprochenen Verwaltungsanktion wegen Missachtung der Sorgfaltspflichten ([Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#); [Art. 106 BV](#); Art. 51 SBG)

Nutzung ausschliesslich zu universitären Zwecken