

## Die Rechtsmittel der StPO – allgemeine Regeln und Beschwerde

Tonio Walter\*

Was kann man tun, wenn einem der Entscheid oder das Handeln einer Strafbehörde nicht passt? Ein Rechtsmittel ergreifen. Die StPO kennt deren drei: Beschwerde, Berufung und Revision. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die Regeln, die für alle drei gelten, und erörtert sie vertieft für die Beschwerde – denn sie ist das Rechtsmittel mit dem weitesten Anwendungsfeld. Dabei geht es auch um eine Frage, die in der Praxis wie in Klausuren relevant werden kann, aber noch nicht geklärt erscheint: Was sind «verfahrenleitende Entscheide», gegen die eine Beschwerde ausgeschlossen ist?

### I. Einleitung und Begrifflichkeit (Terminologie)

Die Strafprozessordnung kennt drei Rechtsmittel: die Beschwerde, die Berufung und die Revision. Zwar reicht das System des strafrechtlichen Rechtsschutzes über die Strafprozessordnung hinaus, vor allem mit der Strafrechtsbeschwerde zum Bundesgericht<sup>1</sup>. Aber die Regelungen der StPO sind doch der grösste Teil dieses Systems und sein Kern. Über ihn soll dieser Beitrag einen Überblick liefern mit einer Vertiefung zur Beschwerde.

Klarzulegen sind zunächst einige Begriffe: Als *Rechtsmittel* bezeichnet man alle rechtlichen Instrumente, mit denen sich jemand gegen aussenwirksame behördliche Massnahmen wehren kann. Solche Massnahmen sind vor allem *Entscheide* – so heissen förmliche Entscheidungen (nicht nur) der Strafbehörden. Artikel 80 StPO definiert die drei Formen strafrechtlicher Entscheide. An erster Stelle steht das *Urteil*. Bei ihm handelt es sich um einen Entscheid, in dem «über Straf- und Zivilfragen materiell befunden wird». Das heisst, dass es zu einer Entscheidung in der (Haupt-)Sache kommt: Ein Angeklagter<sup>2</sup> wird verurteilt oder freigesprochen, einem Privatkläger wird Schadenersatz zugesprochen. Alle anderen Entscheide sind entweder *Beschlüsse* oder *Verfügungen*. Sie unterscheiden sich nur noch dadurch, dass Beschlüsse von einer Kollektivbehörde stammen, etwa von einem Kollegialgericht, während Verfügun-

gen Entscheide einer Einzelperson sind, zum Beispiel eines ermittelnden Staatsanwalts oder eines Einzelrichters.

Mit Rechtsmitteln wehren kann man sich aber auch gegen aussenwirksame behördliche Massnahmen, die keine Entscheide sind. Wichtigstes Beispiel dürften die strafprozessualen Zwangsmassnahmen sein, etwa eine Hausdurchsuchung. Sie beruhen zwar auf einem Entscheid, in diesem Beispiel auf einem Hausdurchsuchungsbefehl. Die Massnahme selbst ist aber kein Entscheid, und sie kann unabhängig von dessen Rechtmässigkeit eigene Mängel haben; etwa wenn bei der Hausdurchsuchung in Abwesenheit des Wohnungsinhabers keine andere geeignete Person hinzugezogen wird, obwohl dies mög-

\* Prof. Dr. Tonio Walter ist Strafrechtslehrer an der Universität Regensburg sowie Richter am Oberlandesgericht Nürnberg.

<sup>1</sup> Zu ihr *Riklin*, Franz, StPO Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Auflage 2014, Vorbem. Art. 379–392 N 22; *Thommen*, Marc, und *Wiprächtiger*, Hans, Die Beschwerde in Strafsachen, AJP 2006, 651–660.

<sup>2</sup> Diese grammatisch männliche Form (generisches Maskulinum) bezeichnet keine natürliche Person, sondern eine Rolle. Sie überlässt es der Lebenswirklichkeit, diese Rolle mit einem Mann zu besetzen, einer Frau – oder mit einem intersexuellen Menschen. Gleiches gilt für die Bezeichnung anderer prozessualer Rollen, von Ämtern und von sonstigen Funktionen. Vgl. dazu *Walter*, Tonio, Kleine Stilkunde für Juristen, 2. Auflage 2009, S. 215 ff.

lich wäre (vgl. Artikel 245 Absatz 2 Satz 2 StPO)<sup>3</sup>, oder wenn Räume durchsucht werden, auf die sich der Durchsuchungsbefehl nicht erstreckt. – Schliesslich kann man sich noch mit einem Rechtsmittel, und zwar der Beschwerde nach der StPO, auch gegen eine Untätigkeit der Behörden wehren (Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, Artikel 393 Absatz 2 Buchstabe a StPO).

Der Begriff der *Rechtsbehelfe* wird nicht ganz einheitlich gebraucht. Wohl überwiegend verwendet man ihn als Oberbegriff für sämtliche Möglichkeiten, Rechtsschutz zu erlangen, also einschliesslich der Rechtsmittel.<sup>4</sup> Die Alternative besteht darin, die Rechtsmittel auszuklammern. Dann kennzeichnet die Rechtsbehelfe, dass sie sich nicht gegen eine bestimmte behördliche Massnahme wenden, sondern umgekehrt die Behörde zu einer bestimmten Handlung bringen möchten: zu einer Erläuterung oder Berichtigung von Entscheiden (Artikel 83 StPO), zu einer Entlassung aus der Untersuchungshaft (Artikel 228 StPO) oder zu einer Siegelung beschlagnahmefreier Gegenstände (Artikel 248 StPO). Allerdings ist zu wiederholen, dass es für einen wichtigen Fall solcher Wünsche ein Rechtsmittel gibt, das ist die Beschwerde bei einer Rechtsverweigerung oder -verzögerung, siehe soeben. – Als Rechtsbehelf gilt auch die Einsprache gegen einen Strafbefehl.<sup>5</sup>

Begrifflich ist das nicht ganz überzeugend, denn der Strafbefehl gleicht in seiner Wirkung einem erstinstanzlichen (Sach-)Entscheid: Unternimmt man nichts, wird er nach zehn Tagen zu einem rechtskräftigen Urteil (Artikel 354 Absatz 3 StPO). Aber der Gesetzgeber achtet

<sup>3</sup> Im Kanton Zürich ist eine solche Person zum Beispiel der Gemeindeammann, siehe § 164 des Zürcher Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG).

<sup>4</sup> So etwa Pfamatter, Alice Reichmuth, Rechtsmittel, in: Marianne Heer (Hg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, 2010, S. 107 (109); Riklin (Fn. 1) Vorbem. Art. 379–392 N 4; Schmid, Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage 2013, N 1438.

<sup>5</sup> Siehe Gless, Sabine, Der Strafbefehl – in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Marianne Heer (Hg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, 2010, S. 41 (49); Jositsch, Daniel, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage 2013, N 580; Riklin (Fn. 1) Art. 354 N 1.

<sup>6</sup> Pieth, Mark, Schweizerisches Strafprozessrecht. Grundriss für Studium und Praxis, 2. Auflage 2012, S. 255.

sehr darauf, den Strafbefehl nicht als Entscheid einzustufen, vgl. Artikel 80 Absatz 1 Satz 3 StPO. Auch so bleibt der Strafbefehl allerdings eine belastende behördliche Verfahrenshandlung und müsste das Abwehrinstrument, die Einsprache, folglich als Rechtsmittel bezeichnet werden. Dass man dies nicht tut, hat wohl zum Teil historische Gründe («haben wir noch nie so genannt!») und zum Teil kosmetische («ein Strafbefehl ist nur eine Offerte und nichts sonderlich Schlimmes!»).

## II. Vorgaben höherrangigen Rechts

Das einfachgesetzliche Rechtsmittelrecht hat einige – aber nicht flächendeckende – Vorgaben in höherrangigem Recht. So verpflichtet Artikel 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) die Mitgliedstaaten dazu, den Bürgern eine Möglichkeit zu geben, Konventionsverletzungen zu rügen. Wichtiger sind Artikel 14 Absatz 5 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR, sogenannter Zivilpakt) und Artikel 32 Absatz 3 der Bundesverfassung (BV). Beide verlangen, dass es in Strafverfahren nach einer Verurteilung mindestens eine weitere Instanz geben muss.

## III. Allgemeines zu den Rechtsmitteln

Gesetz und Schrifttum ziehen einige Regeln zu den Rechtsmitteln «vor die Klammer». In der StPO geschieht dies in den Artikeln 379–392.

### 1. Noch einmal zu den Begriffen

Das Schrifttum legt Wert darauf, die Rechtsmittel anhand einer Reihe von Begriffspaaren zu klassifizieren – allerdings «ohne dass den Unterscheidungen tiefere dogmatische Bedeutung zukäme»<sup>6</sup>. Unterschieden wird zunächst zwischen *ordentlichen* und *ausserordentlichen* Rechtsmitteln. Am einfachsten ist es dabei, die ausserordentlichen Rechtsmittel zu definieren – und alle anderen als ordentliche zu bezeichnen. Ausserordentliche Rechtsmittel sind solche, welche die Rechtskraft eines Entscheides durchbrechen. Rechtskräftig ist ein Entscheid, wenn er nicht mehr mit einer Beschwerde oder einer Berufung angefochten werden kann; Strafbefehle wer-

den rechtskräftig, wenn es der Empfänger unterlässt, innert zehn Tagen Einsprache zu erheben. Die Rechtskraft führt dazu, dass der Entscheid vollstreckt werden kann. Und wenn es sich um eine Verurteilung oder einen Freispruch handelt, darf wegen der fraglichen Tat grundsätzlich kein neues Strafverfahren in Gang gesetzt werden, sogenannter Strafklageverbrauch und Grundsatz des *ne bis in idem* («kein zweites Mal in der nämlichen Sache»), Artikel 11 Absatz 1 StPO.<sup>7</sup> Wenn jemand zum Beispiel wegen Diebstahls eines Mobiltelefons aus einem Kaufhaus verurteilt wird, und zwei Monate später stellt sich heraus, dass der Täter auch noch eine externe Festplatte hatte mitgehen lassen – dann darf er grundsätzlich nicht erneut strafverfolgt werden, denn diese Handlungen, vor allem das Passieren des Kassenbereichs mit Diebesbeute und das Verlassen des Kaufhauses, sind bereits rechtskräftig beurteilt worden. «Grundsätzlich» heisst: wenn es kein ausserordentliches Rechtsmittel gibt.

Das in dieser Art deutlichste ist die Revision (Artikel 410 ff. StPO). Sie findet vor allem dann statt, wenn es neue Tatsachen oder Beweismittel gibt, die nahelegen, dass jemand zu Unrecht verurteilt wurde. Häufiger wird die Rechtskraft eines Entscheides in der Praxis allerdings dadurch durchbrochen, dass ein Verurteilter erfolgreich eine Wiederherstellung der abgelaufenen Rechtsmittelfrist nach Artikel 94 StPO verlangt – zum Beispiel weil er aufgrund eines schweren Unfalls verhindert war, das Rechtsmittel zu ergreifen. Ausserdem kann die Rechtskraft eines Urteils nachträglich für Mitverurteilte entfallen, die selbst kein Rechtsmittel eingelegt haben, wenn das Rechtsmittel eines anderen Verurteilten erfolgreich ist und der Grund dafür auch die weiteren Verurteilungen «infiziert», Artikel 392 StPO («*beneficium cohaesionis*»). Zum Beispiel kommt das Berufungsgericht zu dem Schluss, dass bei einem gemeinschaftlichen Diebstahl die Tatbeute einen deutlich geringeren Wert hatte als von der ersten Instanz angenommen, sodass die Verurteilung im Strafpunkt keinen Bestand haben kann. Das Urteil wird dann im Strafpunkt für alle Verurteilten aufgehoben; nicht nur für denjenigen, der die Berufung angemeldet hatte. – Ordentliche Rechtsmittel sind namentlich die StPO-Beschwerde und die Berufung.

Ferner unterscheidet man zwischen *primären* und *subsidiären* Rechtsmitteln. Dabei geht es um Konkurrenzregeln für Fälle, in denen zumindest auf den ers-

ten Blick mehrere Rechtsmittel in Betracht kommen. Ein primäres Rechtsmittel verdrängt die anderen, lässt sie also unstatthaft werden; ein subsidiäres räumt den anderen Vorrang ein. Subsidiär ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung die StPO-Beschwerde gegenüber der Berufung, Artikel 394 Buchstabe a StPO. Ein erstinstanzliches Urteil kann also nicht mit einer StPO-Beschwerde angefochten werden. Subsidiär sein soll auch die Aufsichtsbeschwerde gegenüber der StPO-Beschwerde.<sup>8</sup> Das überzeugt mich allerdings nicht ganz. Denn ich vermag nicht zu erkennen, was entgegenstände, diese Beschwerden nebeneinander zuzulassen. Als Fallbeispiel dazu die Rechtsverweigerung durch eine Staatsanwaltschaft: Gegen sie ist nach Artikel 393 Absatz 2 Buchstabe a StPO eine Beschwerde statthaft. Aber wieso sollte der Rechtssuchende nicht zusätzlich die Möglichkeit haben, die Aufsichtsbehörde auf möglicherweise pflichtvergesene Staatsanwälte aufmerksam zu machen und eine disziplinarische Ahndung anzuregen?

Als *vollkommen* bezeichnet man ein Rechtsmittel, wenn die neuen Richter die angefochtene Entscheidung in allen ihren Teilen und in jeder Hinsicht zu prüfen haben: rechtlich wie tatsächlich und einschliesslich eines etwaigen Ermessensgebrauchs. *Unvollkommen* ist ein Rechtsmittel, wenn der Ausgangsentscheid nur in bestimmten Punkten angegriffen wird und nur in diesen Punkten geprüft werden darf. Beispiel eines vollkommenen Rechtsmittels ist die StPO-Beschwerde, Beispiel eines unvollkommenen die Berufung eines Privatklägers; denn der kann einen Entscheid nie hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion angreifen, das heisst im Strafpunkt (Artikel 382 Absatz 2 StPO). Er kann also nur erreichen, dass ihm ein höherer Schadenersatz zugesprochen wird oder dass der Angeklagte weiterer Delikte schuldig gesprochen wird (Zivilbeziehungsweise Schuldpunkt). Eine höhere Strafe kann er nicht erreichen.

*Suspensiv* ist ein Rechtsmittel, wenn es den Vollzug des angefochtenen Entscheides hemmt, also eine aufschiebende Wirkung hat. Hauptbeispiel

<sup>7</sup> Näher *Jositsch* (Fn. 5) N 76 ff.

<sup>8</sup> *Jositsch* (Fn. 5) N 611; *Pfamatter* (Fn. 4) S. 124 mit weiteren Nachweisen; *Stephenson*, Jeremy, und *Thiriet*, Gilbert, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hg.), Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2011, Art. 393 N 5.

hierfür ist die Berufung, Artikel 402 StPO. Ein Gegenbeispiel (*nicht suspensiv*) ist in der Regel die StPO-Beschwerde. Das ergibt sich aus Artikel 387 StPO. Dort steht, dass Rechtsmittel nur dann eine aufschiebende Wirkung haben, wenn das Gesetz dies bestimmt oder wenn die Rechtsmittelinstanz es ausnahmsweise anordnet. Für die StPO-Beschwerde gibt es fast keine gesetzliche Bestimmung dieses Inhalts (eine Ausnahme ist Artikel 174 Absatz 3 StPO). Und die Beschwerdeinstanz ordnet auch nur ausnahmsweise eine aufschiebende Wirkung an; ein Beispiel folgt unten IV 1 b.

Was ein *devolutives* Rechtsmittel ausmache, wird nicht ganz einheitlich definiert. Einigkeit herrscht aber darüber, dass ein *nicht devolutives* Rechtsmittel ein solches ist, bei dem «sich der gleiche Richter nochmals mit dem Fall befasst»<sup>9</sup>. Sieht man das so, liegt es nahe, dass ein devolutives Rechtsmittel eines ist, bei dem *andere Richter* entscheiden. Und dann sind sämtliche Rechtsmittel nicht nur der StPO, sondern des gesamten schweizerischen Strafverfahrensrechts devolutiv. Denn dafür genügt bei dieser Definition, dass ein anderer Spruchkörper entscheidet. Anders hingegen, wenn man für devolutive Rechtsmittel verlangt, dass eine andere oder gar eine *höhere Instanz* zu entscheiden habe – wie oft zu lesen.<sup>10</sup> Dann sind Rechtsmittel häufig nicht devolutiv. Denn nicht selten hat dasselbe Gericht zu entscheiden – wenn auch mit einem anderen Spruchkörper. Zum Beispiel ist im Kanton Zürich das Obergericht sowohl das Berufungsgericht als auch die Beschwerdeinstanz.<sup>11</sup> Über Beschwerden gegen Entscheide des Obergerichts als Berufungsgericht entscheidet also wieder das Obergericht, das heisst dieselbe Instanz. Aber eben mit anderen Richtern.<sup>12</sup> Dem Wortursprung nach (etymologisch) verlangt das Beiwort «devolutiv» nicht das Tätigwerden einer höheren Instanz. Denn lateinisch *devolvere* heisst «hinab-

ab-, weiterwälzen» – und nicht «hochziehen». Auch deshalb schlage ich vor, jedes Rechtsmittel als devolutiv zu bezeichnen, das die Sache vor einen anderen Spruchkörper zieht.

Rechtsmittel können *reformatorische* Wirkung haben und *kassatorische*. Reformatorisch wirken sie, wenn die Rechtsmittelinstanz in der Sache selbst entscheidet, also eine eigene Sachentscheidung trifft. Kassatorisch nennt man ein Rechtsmittel, wenn sich die Rechtsmittelinstanz darauf beschränkt, einen angefochtenen Entscheid zu kassieren, das heisst aufzuheben, und die Sache zu erneuter Entscheidung an die Vorinstanz zurückverweist – die dann aber an die Rechtsauffassung der Rechtsmittelinstanz gebunden ist.<sup>13</sup>

## 2. Statthaftigkeit und Befugnis (Legitimation)

Ausgeschlossen ist ein Rechtsmittel, wenn das Gesetz einen Entscheid ausdrücklich als «endgültig» oder «nicht anfechtbar» bezeichnet. Das versteht sich eigentlich von selbst, steht aber auch noch einmal in Artikel 380 StPO. Dort wird der Ausschluss indes auf «Rechtsmittel nach diesem Gesetz» beschränkt. Folglich bleibt es möglich, dass ein Entscheid, den die StPO als unanfechtbar bezeichnet, mit einem Rechtsmittel angegriffen werden darf, das in einem anderen Gesetz vorgesehen ist. In Betracht kommt dafür die Strafrechtsbeschwerde zum Bundesgericht.

Befugt, ein Rechtsmittel zu ergreifen, ist jedenfalls die Staatsanwaltschaft, Artikel 381 Absatz 1 StPO. Sie kann dies zugunsten wie auch zuungunsten des Beschuldigten tun, wenn sie meint, dass ein Entscheid fehlerhaft sei. Einzelheiten zum Verhältnis einzelner Staatsanwaltschaften zueinander regelt Artikel 381 StPO in den Absätzen 2 bis 4. Weiterherzig bestimmt sodann Artikel 382 Absatz 1 StPO, dass auch jede Partei ein Rechtsmittel ergreifen kann, «die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat».

Statt rechtlich «geschützt» hätte man vielleicht besser «schützenswert» gesagt, denn ob es den Rechtsschutz tatsächlich gibt, ist ja gerade die Frage.

Partei ist gemäss Artikel 104 Absatz 1 StPO neben der Staatsanwaltschaft mindestens der Beschuldigte, so vorhanden auch ein Privatkläger (sowie Behör-

<sup>9</sup> Schmid (Fn. 4) N 1449.

<sup>10</sup> Etwa bei Riklin (Fn. 1) Vorbem. Art. 379–392 N 9 (aber ohne die hier im Text anschliessende Folgerung).

<sup>11</sup> Gemäss § 49 GOG (vgl. Fn. 3).

<sup>12</sup> Auch wenn Artikel 21 Absatz 2 StPO dem Wortlaut nach nur den umgekehrten Fall ausschliesst (keine Mitwirkung von Richtern in der Berufungsinstanz, wenn sie in derselben Sache bereits mit einer Beschwerde befasst gewesen sind).

<sup>13</sup> Unstreitig, statt aller Jositsch (Fn. 5) N 588; Riklin (Fn. 1) Vorbem. Art. 379–392 N 18; Schmid (Fn. 4) N 1450.

den, denen Bund oder Kantone nach dem Absatz 2 des Artikels Parteirechte eingeräumt haben). Weiter ausgedehnt wird die Rechtsmittelbefugnis durch Artikel 105 Absatz 2 StPO. Er ordnet an, dass praktisch alle Verfahrensbeteiligten die «Verfahrensrechte einer Partei» haben, soweit sie «in ihren Rechten unmittelbar betroffen» sind. Hierzu gehören neben Zeugen und Sachverständigen «durch Verfahrenshandlungen beschwerte Dritte» (Artikel 105 Absatz 1 Buchstabe f StPO). Rechtsmittelbefugt sind folglich auch der Besitzer einer beschlagnahmten Sache und der Bewohner eines durchsuchten Hauses. – Dass jemand in einem rechtlich geschützten/schützenswerten Interesse betroffen ist, nennt man auch seine *Beschwer*.

### 3. Fristen

Beschwerde und Berufung sind innert zehn Tagen einzureichen beziehungsweise anzumelden (Artikel 396 und 399 StPO jeweils in Absatz 1). Nur die Untätigkeitsbeschwerde wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ist an keine Frist gebunden (Artikel 396 Absatz 2 StPO). Auch die Revision ist grundsätzlich an keine Frist gebunden. Ausnahmen sind die Revision aufgrund eines späteren, dem früheren Entscheid widersprechenden Strafentscheids und die Revision wegen einer EMRK-Verletzung; sie sind nur innert 90 Tagen möglich, Artikel 411 Absatz 2 StPO. Allgemeine Vorschriften zu den Fristen enthalten die Artikel 89 ff. StPO – einschliesslich des schon erwähnten Artikels 94 zur Wiederherstellung von Fristen, die unverschuldet versäumt wurden. Wann die Fristen zu laufen beginnen, sagt Artikel 384 StPO: bei einem Urteil mit Aushändigung oder Zustellung des schriftlichen Dispositivs (zu ihm Artikel 81 StPO), bei anderen Entscheiden mit deren Zustellung und in allen anderen Fällen mit der Kenntnisnahme von der fraglichen Verfahrenshandlung.

### 4. Form und Begründung

Eine allgemeine Vorschrift zur Form der Rechtsmittel gibt es nicht. Aber für die Rechtsmittel der StPO gilt, dass sie schriftlich anzubringen sind (Artikel 396, 399 und 411 StPO jeweils in Absatz 1). Nur die Berufung kann wahlweise mündlich zu Protokoll angemeldet werden, ist dann aber in jedem Fall

schriftlich auszuführen (Artikel 399 Absatz 3 StPO). Nach der allgemeinen Formvorschrift des Artikels 110 StPO sind die Schriftstücke zu datieren und zu unterzeichnen (Absatz 1). In allen Fällen ist auch eine elektronische Übermittlung erlaubt, wenn der Absender eine anerkannte elektronische Signatur verwendet (Absatz 2).<sup>14</sup>

Alle drei Rechtsmittel der StPO sind schriftlich zu begründen. Artikel 385 schreibt als Mindestinhalt der Begründung vor, dass sie erstens die Punkte nennt, in denen ein Entscheid angefochten wird, zweitens die Gründe, die einen anderen Entscheid nahelegen, und drittens die Beweismittel, auf die sich das Rechtsmittel stützt. Für die Gründe wird man es als ausreichend zu erachten haben, wenn der Rechtsmittelführer deutlich macht, warum er den angefochtenen Entscheid für falsch hält und dass ein fehlerfreier Entscheid für ihn günstiger ausfiele (da es sonst an einer Beschwer fehlte). Nicht verlangen darf man indes, dass der Rechtsmittelführer vollständig angibt, welchen Inhalt ein fehlerfreier Entscheid zu haben hätte, etwa bei einer Berufung im Strafpunkt: was genau die angemessene Strafe wäre, oder bei einer Berufung im Schuldpunkt: nach welchen Tatbeständen richtigerweise hätte verurteilt werden müssen. Es muss dann genügen, dass der Berufungsführer (irgend-)eine mildere Strafe bis hin zum Freispruch beantragt beziehungsweise sagt, welcher Tatbestand seines Erachtens ausscheide. – Für die Berufung ist Artikel 399 eine *Lex specialis* zur Begründung. Diese Vorschrift verlangt besonders genaue Angaben dazu, welche Teile des erstinstanzlichen Urteils angegriffen werden.

### 5. Verzicht und Rückzug

Artikel 386 StPO gestattet jeder Partei, auf die Ausübung eines Rechtsmittels zu verzichten (Absatz 1) und ein schon ergriffenes Rechtsmittel zurückzuziehen (Absatz 2). Beides ist schriftlich wie auch mündlich zulässig und jeweils «endgültig» (Absatz 3), heisst unwiderruflich. Rückgängig machen kann die Partei einen Verzicht oder Rückzug nur, wenn sie zu

<sup>14</sup> Näher Hafner, Peter, und Fischer, Eliane, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2011, Art. 110 N 13 ff.; Pfamatter (Fn. 4) S. 112; Riklin (Fn. 1) Art. 380 N 3.

ihm durch Täuschung, eine Straftat oder eine unrichtige behördliche Auskunft veranlasst worden war (auch das steht im Absatz 3 der Norm). Angesichts dieser Tragweite einer Verzicht- oder Rückzugserklärung wird man in den Fällen einer notwendigen Verteidigung (Artikel 130 StPO) für die Wirksamkeit der Erklärung zusätzlich zu verlangen haben, dass der Beschuldigte zuvor mindestens eine Gelegenheit hatte, sich mit seinem Verteidiger zu besprechen.

## 6. Verfahren

Die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz trifft alle notwendigen verfahrenssichernden Anordnungen. Hierzu kann es gehören, den Beschuldigten in Haft zu nehmen, ihm eine amtliche Verteidigung zu bestellen und die Staatsanwaltschaft mit Beweiserhebungen zu beauftragen, wenn ein Beweisverlust droht (Artikel 388 StPO). Grundsätzlich stützt sich die Rechtsmittelinstanz indes auf die Beweise, die bereits von der Vorinstanz erhoben worden sind. Eine neue Beweisaufnahme findet nur statt, wenn die früheren Beweiserhebungen fehler- oder lückenhaft waren oder wenn sie nicht zuverlässig dokumentiert worden sind (Artikel 389 StPO). – Ob und inwieweit es dann zu einem mündlichen oder schriftlichen Verfahren kommt, hängt von dem Rechtsmittel und vom einzelnen Fall ab, siehe Artikel 390, 397 Absatz 1, Artikel 403 Absatz 1, Artikel 406, 412 Absatz 1 StPO.

## 7. Der Entscheid der Rechtsmittelinstanz

### a) Zur Beschränkung der Rechtsmittel

Die Rechtsmittelinstanz ist nach Artikel 391 Absatz 1 StPO weder an die Begründungen der Parteien gebunden noch an deren Anträge. Eine Ausnahme sind Entscheidungen über Zivilklagen; dort gilt auch im Rechtsmittelverfahren *ne ultra petita*<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Vgl. *Liebs*, Detlef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtspruchwörter, 5. Auflage 1991, N 84.

<sup>16</sup> Zu der Frage, wann ein Geschehen noch zur angeklagten Tat gehört und wann nicht, *Jositsch* (Fn. 5) N 80; *Riklin* (Fn. 1) Art. 11 N 7; *Tag*, Brigitte, in: Niggli/Heer/Wiprächter (Hg.), Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2011, Art. 11 N 15 ff.

Die Rechtsmittelinstanz darf dem Kläger also nicht mehr zusprechen, als er verlangt – auch wenn sie meint, dass er mehr zu beanspruchen hätte. Eine indirekte (im Gesetz nicht ausdrücklich genannte) Einschränkung ist ausserdem der Anklagegrundsatz aus den Artikeln 9 und 350 Absatz 1 StPO: Der Beschuldigte kann nur für Taten verurteilt werden, deren er auch angeklagt wurde. Die Anklage umgrenzt den Prozessstoff – auch im Rechtsmittelverfahren. Stellt sich also in der Berufung heraus, dass der Angeklagte nicht nur am Tag X einen Diebstahl, sondern auch noch am Tag Y eine Körperverletzung begangen hat, so darf letztere nicht beurteilt werden.<sup>16</sup>

Ferner stösst sich Artikel 391 Absatz 1 StPO mit seiner Befreiung der Rechtsmittelinstanz von den Anträgen der Parteien etwas an Artikel 385 Absatz 1 Buchstabe a sowie – und härter – an Artikel 404 StPO. Die erstgenannte Vorschrift habe ich schon erwähnt (oben 4); sie verpflichtet den Rechtsmittelführer anzugeben, in welchen Punkten er einen Entscheid anfechte. Warum soll er das tun, wenn die Rechtsmittelinstanz überhaupt nicht daran gebunden ist? Und Artikel 404 ordnet gerade umgekehrt und ausdrücklich an, dass das Berufungsgericht an den Antrag des Berufungsführers gebunden ist und nur zugunsten eines Beschuldigten über nicht angefochtene Punkte neu entscheiden darf («um gesetzwidrige oder unbillige Entscheidungen zu verhindern» – das ist aber keine Einschränkung, sondern der Hinweis, dass dann sowohl Rechts- als auch Ermessensfragen neu entschieden werden dürfen). Schliesslich noch fragt sich rechtspolitisch, warum die Parteien keine Möglichkeit haben sollten, ein Rechtsmittel auf bestimmte Punkte eines Entscheids zu beschränken und den Rest rechtskräftig werden zu lassen? Denn hierfür mag es berechnete, mindestens nachvollziehbare Gründe geben; zum Beispiel weil ein Beschuldigter sich und anderen weitere Befragungen zu einem traumatisierenden Geschehen sicher ersparen will. Und wenn es dem Beschuldigten und einem Privatkläger unstreitig völlig frei steht, *überhaupt kein* Rechtsmittel zu ergreifen – müssen sie dann nicht erst recht die Möglichkeit haben, ihr Rechtsmittel zu beschränken?

Für die Staatsanwaltschaft ist hingegen eine Dienstpflicht anzunehmen, ein Rechtsmittel zu ergreifen, wenn sie einen Entscheid für falsch hält. Besonders

nahe liegt dies, soweit es um Rechtsfehler geht. Denn es ist die Hauptaufgabe der Staatsanwaltschaft, sich um die *Strafrechtspflege* zu kümmern. Im Rahmen des rechtlich Möglichen hat sie daher dafür zu sorgen, dass ein jedenfalls rechtmässiger Endentscheid ergeht. Und dies gilt zugunsten wie zuungunsten des Beschuldigten. Gut vertretbar wäre es zudem, sie auch dann für rechtsmittelpflichtig zu halten, wenn sie einen Entscheid lediglich – aber immerhin – für unangemessen hält (und das Rechtsmittel auch erlaubt, seine Angemessenheit prüfen zu lassen).

Für die Lösung des Problems ist zwischen der Rechtslage *de lege lata* und deren rechtspolitischer Kritik *de lege ferenda* zu unterscheiden. *De lege lata* ist zuzugeben, dass es keine echten Normwidersprüche gibt. Die Pflicht der Parteien, die Angriffspunkte ihres Rechtsmittels genau zu benennen (Artikel 385 Absatz 1 Buchstabe a StPO), erzwingt denkgesetzlich noch keine Bindung der Rechtsmittelinstanz an diese Benennung. Und die hat auch ohne solche Bindung einen Sinn: Sie verhindert eine zusätzliche Belastung der Justiz durch bequeme «Schaut's euch halt noch einmal an»-Rechtsmittel und erleichtert der Rechtsmittelinstanz im schriftlichen Verfahren festzustellen, ob das Rechtsmittel «offensichtlich unzulässig oder unbegründet» ist (Artikel 390 Absatz 2 StPO). Auch Artikel 404 StPO führt zu keinem Widerspruch, sondern ist schlicht eine *Lex specialis* zu Artikel 391.

Offen lässt der Wortlaut des geltenden Gesetzes, ob die Rechtsmittelinstanz lediglich *befugt* ist, über die Anträge der Parteien hinauszugehen, oder auch *verpflichtet*. Diese Frage stellt sich sowohl für die allgemeine Bestimmung des Artikels 391 als auch für Artikel 404 Absatz 2 StPO zur Berufung. Die Formulierungen deuten eher in Richtung einer reinen Befugnis («nicht gebunden», «kann [...] überprüfen»). In die andere Richtung könnten der Untersuchungsgrundsatz (Artikel 6 StPO) und das Prozessziel der materiellen Wahrheit deuten.<sup>17</sup> Vor allem jedoch hat der Bundesrat in seiner Botschaft von 2005 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er eine Pflicht zu umfassender Kognition wollte.<sup>18</sup> Und da man dies als den Willen des aktuellen Gesetzgebers betrachten muss und dieser Wille für die Auslegung massgeblich sein sollte,<sup>19</sup> wird man *de lege lata* eine solche Pflicht anzunehmen haben.

*De lege ferenda* überzeugt das allerdings nicht. Das Gegenargument ist schon genannt: Wenn es

einem Beschuldigten und einem Privatkläger freisteht, überhaupt kein Rechtsmittel zu ergreifen – dann sollten sie auch die Möglichkeit haben, ihre Rechtsmittel zu beschränken (ein Erstrecht-Schluss, auch *Argumentum a fortiori* genannt oder *Argumentum a maiore ad minus*)<sup>20</sup>. Dieses Argument hat auch schon dem Bundesrat eingeleuchtet, denn er schreibt in seiner Botschaft von 2005, «dass eine Partei, wenn sie ganz auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichten kann, auch teilweise darauf verzichten können muss»<sup>21</sup>. Zutreffend begründet hat er damit in seiner Botschaft die Möglichkeit, eine Berufung zu beschränken – und übersehen, dass dieses Argument auch dem Grundsatz entgegensteht, der jetzt in Artikel 391 StPO zu finden ist.

Ein weiteres Beispiel: In einem Geschäft wird ein T-Shirt gestohlen. Auf der Strasse zerkratzt der Dieb noch mit seinem Schlüssel die Luxuslimousine des Ladeninhabers und flieht. Dabei wird er von einem Stadtreicher beobachtet, der vor dem Geschäft bettelt und den Täter später identifiziert. Das Auto muss vollständig neu lackiert werden; das kostet 10500 Franken. Die Staatsanwaltschaft ermittelt, stellt das Verfahren aber ein. Das T-Shirt hält sie für geringwertig und verfährt insoweit nach Artikel 8 Absatz 1 StPO in Verbindung mit Artikel 52 StGB. Und hinsichtlich des Autos schenkt sie dem alkoholkranken Stadtreicher keinen sicheren Glauben und hält den Beschuldigten daher insoweit nicht für überführt (Artikel 319 Absatz 1 Buchstabe a StPO).

Gegen die Einstellungsverfügung legt der Ladeninhaber als Privatkläger eine Beschwerde ein; das Recht hierzu gibt ihm Artikel 322 Absatz 2 StPO. Indes beschränkt er sich auf den Diebstahl. Er möchte nicht, dass es wegen des Autos zu einem Strafprozess kommt. Denn er selbst sass zur Tatzeit hinter den dunklen Scheiben des Wagens – mit seiner Geliebten, von der die Öffentlichkeit und vor

<sup>17</sup> Vgl. Pieth (Fn. 6) S. 40.

<sup>18</sup> Siehe die Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, im Netz unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (abgerufen am 7. Dezember 2015) auf S. 1311 oben.

<sup>19</sup> Näher in meinem Beitrag in der Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg, hg. von Jan Bockemühl u. a., 2015, S. 471 (473 ff.).

<sup>20</sup> Vgl. in meiner Kleinen Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 194 ff.

<sup>21</sup> Wie Fn. 18.

allem seine Frau nichts erfahren sollen. Dafür kann er nicht schon dadurch sorgen, dass er auf den Strafantrag verzichtet, der bei einer Sachbeschädigung normalerweise nötig ist (Artikel 144 Absatz 1 StGB). Denn bei einem Schaden von über 10000 Franken stuft man die Tat als Officialdelikt ein nach Artikel 144 Absatz 3 StGB («grosser Schaden»).^22 Jetzt könnte die Beschwerdeinstanz gleichwohl eine Wiederaufnahme des gesamten Verfahrens verfügen, wenn sie der Ansicht ist, dass erstens das T-Shirt einen höheren Wert habe und die Tat auch sonst keine geringfügige sei und dass zweitens die Aussage des Stadtstreichers glaubhaft erscheine. Warum muss die Beschwerdeinstanz diese Möglichkeit haben, und warum soll der Ladeninhaber seine Beschwerde nicht auf den Diebstahl beschränken dürfen?

Die Hinweise des Bundesrates<sup>23</sup> auf den Untersuchungsgrundsatz und das Legalitätsprinzip überzeugen nicht recht. Zunächst einmal gelten diese Maximen für die Strafbehörden, nicht für Beschuldigte oder Privatkläger. Aus dem Untersuchungsgrundsatz und dem Legalitätsprinzip lässt sich daher ableiten, dass die *Staatsanwaltschaft* verpflichtet ist, alles zu rügen, was ihr unrichtig erscheint (vgl. oben). Aber Beschuldigter und Privatkläger haben diese Pflicht nicht, und sie haben auch keine Pflicht, den Strafbehörden eine umfassende Aufklärung und Beurteilung zu ermöglichen. Ausserdem sind sie nicht nur völlig frei darin, ob sie überhaupt ein Rechtsmittel ergreifen. Sondern der Beschuldigte wird, wenn er ein Rechtsmittel ergreift, sogar noch durch ein Verbot der *Reformatio in peius* geschützt, siehe sogleich b, das ebenfalls dem Untersuchungsgrundsatz und dem Legalitätsprinzip widerspricht. Daher können diese Maximen den eingangs formulierten Erst-recht-Schluss nicht entkräften. Wäre es anders, hätte man sich auch darüber zu wundern, dass die *Lex lata* bei der Berufung die fantasievollsten Beschränkungen erlaubt. Denn das wären dann doch Verstösse gegen die besagten Maximen, ohne

dass für sie eine berufungsspezifische Begründung gegeben würde oder ersichtlich wäre.

#### b) Zum Verbot einer *Reformatio in peius*

Verboten ist es der Rechtsmittelinstanz im Grundsatz, einen Entscheid zum Nachteil des Beschuldigten zu ändern, wenn das Rechtsmittel allein zu seinen Gunsten eingelegt worden ist (von ihm selbst, einem Vertreter oder der Staatsanwaltschaft). Und zum Nachteil eines Privatklägers darf sie Entscheide im Zivilpunkt nicht ändern, wenn allein der Privatkläger das Rechtsmittel ergriffen hat. Von diesen Verboten einer *Reformatio in peius* (Verschlechterung) macht das Gesetz indes eine wichtige Ausnahme: Die Rechtsmittelinstanz darf die Strafe verschärfen aufgrund solcher Tatsachen, die sich erst im Rechtsmittelverfahren erweisen und der Vorinstanz «nicht bekannt sein konnten». Ein Beispiel ist der Fall, dass es im Rechtsmittelverfahren einen neuen Zeugen gibt. Von diesem Beispiel abgesehen steht all das in den Absätzen 2 und 3 des Artikels 391 StPO. Ferner ergibt sich im Umkehrschluss aus Artikel 356 StPO, dass auch im Strafbefehlsverfahren kein Verbot einer *Reformatio in peius* gilt. Bei einer Einsprache kann der Schuss folglich auch nach hinten losgehen.

## IV. Die StPO-Beschwerde

Liest man in einem Lehrbuch von der Beschwerde im Strafprozess, ist damit in der Regel die Beschwerde gemäss den Artikeln 393 ff. StPO gemeint. Es gibt aber auch noch andere Rechtsmittel mit diesem Namen, vor allem die Strafrechtsbeschwerde nach den Artikeln 78 ff. BGG und die Verfassungsbeschwerde zum Bundesgericht. Um begrifflich eindeutig zu bleiben, lässt sich die Beschwerde nach den Artikeln 393 ff. als *StPO-Beschwerde* bezeichnen.

### 1. Wann ist eine StPO-Beschwerde möglich?

Mit einer StPO-Beschwerde können grundsätzlich alle Entscheide und aussenwirksamen Verfahrenshandlungen angefochten werden, nur eines nicht:

<sup>22</sup> Für die herrschende Ansicht BGE 136 IV 117, E 4.3.1; *Cramer*, Dean, und *Trechsel*, Stefan, in: *Trechsel/Pieth* (Hg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 2. Auflage 2013, Art. 144 N 10; *Weissenberger*, Philippe, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Hg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Art. 111–392 StGB, 2. Auflage 2007, Art. 144 N 61.

<sup>23</sup> Wie Fn. 18 (S. 1314 unten).



Urteile. Gegen sie hilft nur eine Berufung, eine Strafrechtsbeschwerde zum Bundesgericht oder – nach Eintritt der Rechtskraft – eine Revision. Gleichwohl ist das Beschwerderecht im Grundsatz sehr weit konzipiert. Daher liegt es nahe, dass es eine Reihe von Ausnahmen gibt:

### a) Allgemeine Beschwerdeausschlüsse

Die erste Ausnahme sind schlicht Vorschriften, die jedes Rechtsmittel ausschliessen, weil sie einen Entscheid als «endgültig» oder «unanfechtbar» bezeichnen, vgl. noch einmal Artikel 380 StPO. Dies tun zum Beispiel: Artikel 309 Absatz 3 Satz 3 (kein Rechtsmittel gegen die Eröffnung einer staatsanwaltlichen Untersuchung), Artikel 315 Absatz 2 (kein Rechtsmittel gegen die Wiederanhandnahme eines nur vorläufig eingestellten [sistierten] Verfahrens) und Artikel 324 Absatz 2 (kein Rechtsmittel gegen die Erhebung einer Anklage). Ferner ergibt sich im Umkehrschluss aus Artikeln 20 und 393 Absatz 1 StPO, dass die Entscheidungen der Beschwerdeinstanz selbst keiner weiteren Beschwerde unterliegen. Und Artikel 394 Buchstabe b schliesst eine StPO-Beschwerde gegen die Ablehnung eines Beweisantrags durch die Staatsanwaltschaft aus, wenn der fragliche Beweis auch noch in der Hauptverhandlung erhoben werden könnte (wohl eine *Lex specialis* zu Artikel 318 Absatz 3 StPO, wo der Beschwerdeausschluss noch ohne Einschränkung steht). Denn dann – so meint man – gehe dem Antragsteller nichts verloren.

Das ist aber faktisch und rechtspolitisch zweifelhaft, denn das Gericht hat üblicherweise nur wenig Neigung, sich die Arbeit einer neuen Beweiserhebung zu machen, und versucht im Zweifel mit dem auszukommen, was ihm Polizei und Staatsanwaltschaft liefern.<sup>24</sup>

### b) Der Beschwerdeausschluss bei verfahrensleitenden Entscheiden der ersten Instanz

Einen weiteren Beschwerdeausschluss statuiert Artikel 393 Absatz 1 Buchstabe b StPO im zweiten Halbsatz. Dort heisst es, dass «verfahrensleitende Entscheide» des erstinstanzlichen Gerichts vom Beschwerderecht ausgenommen seien. Inhaltsgleich bestimmt schon Artikel 65 Absatz 1 StPO: «Verfahrensleitende Anordnungen der Gerichte können nur mit dem Endentscheid angefochten werden.»

Ziel des Gesetzgebers ist es zu verhindern, dass der Fortgang des Hauptverfahrens, vor allem der Hauptverhandlung durch ständige Beschwerden gegen Anordnungen des Gerichts torpediert wird. Denn besonders in der Hauptverhandlung hat das Gericht eine Fülle solcher sach- oder verfahrensleitender Anordnungen zu treffen: Beweisaufnahmen sind zu beschliessen, zu eröffnen und zu beenden, Verhandlungspausen festzusetzen, Beweisanträge zu bescheiden – und anderes mehr. Ähnliches gilt für die Vorbereitung der Hauptverhandlung: Zeugen und Sachverständige sind zu laden, Termine zu bestimmen. Wenn nun gegen jede einzelne dieser Anordnungen und Verfügungen eine Beschwerde möglich wäre – über die noch dazu ein anderer Spruchkörper zu entscheiden hätte –, könnten engagierte Parteien das Verfahren fast unendlich verzögern und liessen sich kaum noch sinnvoll Hauptverhandlungstermine planen. Ausserdem lässt sich den Parteien jeweils sagen, dass sie doch erst einmal das Urteil abwarten möchten; und wenn ihnen das dann tatsächlich nicht passe, könnten sie dagegen noch immer eine Berufung anmelden.

Gleichwohl meinen viele, dass der Gesetzeswortlaut, das heisst der Beschwerdeausschluss sehr weit geraten ist und einschränkend ausgelegt werden muss. Denn es gibt auch verfahrensleitende beziehungsweise der Urteilsfällung vorausgehende Anordnungen des Gerichts, deren vorgezogene Kontrolle sinnvoll erscheint, weil die Möglichkeit im Raum steht, dass sonst sämtliche folgenden Verfahrenshandlungen mit einem Fehler behaftet und daher wertlos wären. Ein Beispiel ist, dass es das Gericht ablehnt, eine amtliche Verteidigung zu bestellen.<sup>25</sup>

*Pieth* führt noch die Ablehnung eines Zeugnisverweigerungsrechts und einer Entsigelung an.<sup>26</sup> Diese Fälle regelt das Gesetz aber in besonderen Vorschriften: Die Ablehnung eines Zeugnisverweigerungsrechts ist nach Artikel 174 Absatz 2 StPO mit der Beschwerde anfechtbar. Hingegen ist eine Entsigelungsentscheidung des Gerichts nach Artikel 248 Absatz 3 StPO endgültig.

<sup>24</sup> Kritisch schon *Pieth* (Fn. 6) S. 259; *Riklin* (Fn. 1) Art. 16 N 4.

<sup>25</sup> *Jositsch* (Fn. 5) N 615; *Pfamatter* (Fn. 4) S. 125; *Pieth* (Fn. 6) S. 260; *Schmid* (Fn. 4) N 1510.

<sup>26</sup> *Pieth* (Fn. 6) S. 260.

Ausserdem gibt es Anordnungen, die so belastend sind, dass sofortiger Rechtsschutz möglich sein sollte, etwa die Anordnung von Sicherheitshaft, sowie Anordnungen, die Dritte belasten und für die daher das gleiche gilt; zum Beispiel die Beschlagnahme von Gegenständen, die einem anderen gehören.

Für diese zuletzt genannten Fälle ist denn auch unproblematisch sofortiger Rechtsschutz möglich. Artikel 222 StPO gibt für die Sicherheitshaft eine Beschwerdebefugnis, und bei einer Beschlagnahme gibt es über das Siegelungsverfahren nach Artikel 248 StPO die Möglichkeit (auch in Verbindung mit Artikel 264 Absatz 3 StPO), eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.<sup>27</sup>

Gleichwohl bleibt die Auslegungsfrage, wie man die «verfahrensleitenden Entscheide» im Sinne des Artikels 393 StPO allgemein zu definieren habe – mit Blick auf jene Fälle, in denen das Gesetz keine spezielle Regelung enthält. Hierzu ein weiteres Beispiel: Ein Angeklagter schreibt der Verfahrensleitung, er sei schwer erkrankt und verhandlungsunfähig. Er legt dem Schreiben ein ärztliches Attest bei und bittet darum, ihn für die Hauptverhandlung von seiner Anwesenheitspflicht zu befreien (was die Verfahrensleitung nach Artikel 336 Absatz 3 StPO tun kann). Die Verfahrensleitung antwortet mit ei-

ner Verfügung, die den Antrag ablehnt, da das Attest nicht aussagekräftig sei. Für die Hauptverhandlung wird mit einer Vorführung gedroht. Wenn der Angeklagte jetzt kein Beschwerderecht hätte, bestände die Gefahr, dass er erstens trotz schwerer Erkrankung zum Gericht geschleppt würde und dass dort zweitens eine Hauptverhandlung stattfände, die vollständig nutzlos wäre, da gegen einen Verhandlungsunfähigen natürlich nicht verhandelt werden darf. Allgemeiner gewendet bestände wieder die Gefahr, dass es sofort zu einer deutlichen Grundrechtsbeeinträchtigung käme – nicht erst bei der Vollstreckung des Urteils – und dass sich die Justiz eine Menge unnötiger Arbeit machte. Daher spricht in solchen Fällen viel für ein Beschwerderecht, obwohl es sich bei der fraglichen Verfügung um eine verfahrensleitende handelt.

Dies ist zugleich das angekündigte Beispiel für einen Fall, in dem die Beschwerdeinstanz der Beschwerde ausnahmsweise aufschiebende Wirkung geben sollte (Artikel 387 StPO). Denn sonst liesse sich die (möglicherweise) kurz bevorstehende Grundrechtsbeeinträchtigung nicht verhindern.

*Schmid* und *Jositsch* schlagen vor, nur bei «formell-prozessleitenden» Anordnungen eine Beschwerde auszuschliessen, sie aber bei «materiell-prozessleitenden» Anordnungen zuzulassen.<sup>28</sup> Formell-prozessleitend seien Entscheide, die sich «mit dem Verfahrenslauf selbst befassen», etwa Terminbestimmungen (Ansetzen von Verhandlungen) und die Abnahme von Beweisen. Materiell-prozessleitend seien Entscheide, wenn sie einen nicht wiedergutmachenden Nachteil bewirkten oder die Beschwerde sofort einen Endentscheid ermöglichte und so den Aufwand eines weitläufigen Beweisverfahrens ersparen könnte.

Das erscheint auch plausibel. Grundgedanke ist wieder, nur solche Entscheide der Anfechtung zu entziehen, die sich nicht auf die weiteren Verfahrenshandlungen auswirken, die weder für den Beschuldigten noch für Dritte neue und schwere, sofort eintretende Belastungen mit sich bringen und in erster Linie organisatorischer Art sind. Dies trifft vor allem auf Anordnungen in der Hauptverhandlung zu. Aber auch vor der Hauptverhandlung kommt es zu eher organisatorischen Verfügungen wie einer Terminierung oder Zeugenladung. Und so nehmen *Schmid* und *Jositsch* einen Beschwerde-

<sup>27</sup> Nach *Jositsch* (Fn. 5) N 418 ist zudem eine Beschwerde statthaft. Das könnte sich aber an den genannten Spezialregelungen zum Siegelungsverfahren stossen. Unproblematisch ist es hingegen, eine Beschwerdebefugnis anzunehmen, wenn die Strafverfolgungsbehörde einem Versiegelungsgesuch nicht entspricht, so *Stephenson/Thiriet* (Fn. 8) N 10 (S. 2619).

<sup>28</sup> *Jositsch* (Fn. 5) N 615; *Schmid* (Fn. 4) N 1510. In der Vorauflage seines Handbuches hat *Schmid* darauf abgestellt, ob der fragliche Entscheid vor oder während der Hauptverhandlung ergeht, und das hat *Jositsch* – gemäss dem Konzept seines Buches – übernommen. In der aktuellen (zweiten) Auflage des Handbuches rückt *Schmid* indes von dieser Differenzierung zu Recht ab, und dem dürfte sich *Jositsch* in der nächsten Auflage seines Lehrbuches anschliessen. Daher führe ich ihn hier nicht als abweichende Ansicht. – Dem Konzept von *Schmid* und *Jositsch* im wesentlichen zustimmend *Pieth* (Fn. 6) S. 260. Dagegen *Stephenson/Thiriet* (Fn. 8) N 13 («contra legem»), allerdings in einem (Teil-)Widerspruch zu ihrer Auflistung in N 10, wo auch verfahrensleitende Entscheide der ersten Instanz zu finden sind – einschliesslich der Ablehnung einer amtlichen Verteidigung (vgl. sogleich im Text).

ausschluss etwa auch für jene Verfügung an, mit der das erstinstanzliche Gericht eine Anklage nach deren Eingang als ordnungsgemäss akzeptiert oder sie umgekehrt zurückweist und das Verfahren sistiert.<sup>29</sup>

### c) Weitere Überlegungen zum Beschwerdeausschluss bei verfahrensleitenden Entscheiden der ersten Instanz

Ein weiterer Anhaltspunkt für die Lösung könnten Artikel 80 Absatz 3 und Artikel 84 Absatz 5 StPO sein. Sie sprechen von «*einfachen* verfahrensleitenden Beschlüssen und Verfügungen» und sagen, dass diese Entscheide weder besonders ausgefertigt noch begründet zu werden brauchen. Es spricht einiges dafür, dass jedenfalls solche Entscheide auch einer Beschwerde entzogen sein sollen und daher in Artikel 393 Absatz 1 Buchstabe b (mit-)gemeint sind.<sup>30</sup> Mit dieser Einsicht ist zwar wenig gewonnen, solange man nicht genau weiss, welche Entscheide die genannten Artikel erfassen; und bei ihnen steht man vor einem ähnlichen Auslegungsproblem wie bei Artikel 393 StPO. Aber immerhin enthalten sie – besonders Artikel 80 Absatz 3 StPO – ein Entscheidungskriterium, das ist die Ausfertigungs- und Begründungsbedürftigkeit.

Eine andere Lösungshilfe könnte es sein, alle ausdrücklichen Beschwerdeausschlüsse des Gesetzes zu betrachten und zu überlegen, ob sich ihnen ein gemeinsamer Grundgedanke entnehmen lasse, der auf Artikel 393 StPO übertragbar wäre. Das entspräche einer sogenannten *Gesamtanalogie* – wobei es hier nicht um eine echte Analogie ginge, da der Wortlaut des Artikels 393 StPO schon einen Beschwerdeausschluss vorsieht, aber doch um dessen Auslegung nach Art einer Gesamtanalogie (zu den anderen, klareren Beschwerdeausschlüssen des Gesetzes).<sup>31</sup> – Zwar ist den ausdrücklichen Beschwerdeausschlüssen der Strafprozessordnung nicht ein alleiniger einheitlicher Grundgedanke zu entnehmen. Das folgt schon aus den oben a genannten Beispielen: Dass die Eröffnung einer Untersuchung, die Wiederanhandnahme eines Verfahrens und die Anklageerhebung unanfechtbar sind, beruht auf dem Wunsch, die Strafbehörden all jene Schritte unbehindert gehen zu lassen, die auf dem Weg zum Urteil zwingend gegangen werden müssen. Hingegen verdankt sich der Ausschluss einer Beschwerde gegen

die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft der Überlegung, dass die Partei solche Anträge auch noch vor dem erstinstanzlichen Gericht stellen kann, sodass kein Rechtsverlust zu besorgen ist; ausserdem kommt es inzident zu einer Prüfung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen, wenn sich das Gericht die Anklage ansieht – und vielleicht als ungenügend zurückweist (Artikel 329 Absatz 2 StPO). Ob diese Überlegungen faktisch und rechtspolitisch überzeugen, stehe dahin. Jedenfalls decken sie sich nicht mit dem Wunsch, alle vor einem Urteil zwingend zu gehenden Verfahrensschritte anfechtungsfrei zu stellen.

Doch lassen sich die beiden eben genannten gesetzgeberischen Motive trotz ihres Unterschiedes kumulativ für die Auslegung des Artikels 393 StPO nutzen. Als verfahrensleitend und unanfechtbar sind dann einmal solche Anordnungen anzusehen, die notwendige Verfahrensabschnitte eröffnen oder schliessen, etwa die Beweisaufnahme oder die Verhandlung als solche zu Beginn und am Ende eines Termins. Ferner bleiben unanfechtbar solche Anordnungen, die der Beschuldigte ohne Rechtsverlust auch zu einem späteren Zeitpunkt prüfen lassen kann. Eine solche Möglichkeit ist auch und vor allem die, das Urteil mit der Berufung anzufechten und damit auch das Verfahren vor der ersten Instanz prüfen zu lassen, soweit es im Berufungsverfahren fortwirken kann. Dies gilt etwa für Fehler bei der Beweiserhebung (Artikel 405 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 343 Absatz 2 StPO).

Eine letzte Auslegungshilfe bietet die Rechtsvergleichung mit einem Blick auf § 305 Satz 2 der deutschen StPO. Er lässt daran denken, den Wunsch nach einem raschen, unbehinderten Verfahrensforgang dann hinter ein Beschwerderecht zurücktreten zu lassen, wenn eine Anordnung sofort und deutlich in Grundrechte eingreift, wenn sie eine Sanktion verhängt, die im Urteil nicht mehr auftaucht, und wenn durch eine Anordnung dritte Personen belas-

<sup>29</sup> Vgl. *Jositsch* (Fn. 5) N 501 f.; *Schmid* (Fn. 4) N 1283.

<sup>30</sup> So mit der Einschränkung «im Regelfall» schon *Stohner*, Nils, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hg.), Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2011, Art. 80 N 16.

<sup>31</sup> Zur Analogie *Kramer*, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 4. Auflage 2013, S. 203 ff. (S. 209 ff. zur Gesamtanalogie).

tet werden, die sonst keine Möglichkeit hätten, sich zu wehren.

Für die Ordnungsbussen ist das allerdings – einmal mehr – bereits spezialgesetzlich geregelt, und zwar in Artikel 64 Absatz 2 StPO.

*Zusammengefasst* ergibt sich für die Auslegung des Begriffs der «verfahrensleitenden Entscheide» in Artikel 393 Absatz 1 Buchstabe b StPO: Solche Entscheide sind zum einen die in den Artikeln 80 und 84 genannten, form- und begründungslos möglichen «einfachen verfahrensleitenden Beschlüsse und Verfügungen». Zum zweiten sind es *grundsätzlich* alle Anordnungen, mit denen Verfahrensschritte gegangen werden, die auf dem Weg zu einem Urteil zwingend erforderlich sind, also jedem Sachurteil vorausgehen haben. Indes dürften sie entweder zugleich den Charakter «einfacher» Anordnungen im Sinne der Artikel 80 und 84 haben, etwa das Eröffnen und Schliessen der Beweisabnahme, oder vom Gesetz schon ausdrücklich einer Anfechtung entzogen worden sein – wie die Eröffnung einer staatsanwaltlichen Untersuchung und die Anklageerhebung. Unanfechtbar sind drittens und wieder *im Grundsatz* solche verfahrensleitenden Entscheide, die auch noch zusammen mit dem Urteil einer weiteren Instanz zur Kontrolle vorgelegt werden können, etwa die Bestellung eines bestimmten Sachverständigen<sup>32</sup>.

Davon *ausgenommen*, also anfechtbar und nicht mehr schlicht verfahrensleitend sind hingegen Entscheide, die sofort und deutlich in Grundrechte ein-

greifen. Das sind namentlich Zwangsmassnahmen, die das erstinstanzliche Gericht anordnet.<sup>33</sup> Anfechtbar sind ferner Entscheide, die eigenständige, im Urteil nicht enthaltene (Ordnungs-)Sanktionen verhängen oder Wohltaten, insbesondere Entschädigungen verweigern, und solche Entscheide, die dritte Personen belasten; Personen, die sonst keine Möglichkeit hätten, sich gegen den Entscheid zu wehren. Dies sind zum Beispiel Verbrechensopfer<sup>34</sup>, denen das Gericht Schutzmassnahmen nach Artikel 152 StPO versagt, und Personen, die als Partei ausgeschlossen oder nicht zugelassen werden.<sup>35</sup> Und schliesslich sollten der Verfahrensökonomie zuliebe noch solche Entscheide anfechtbar sein, die, wenn sie falsch sind, auch alle weiteren Verfahrenshandlungen kontaminieren. Hierzu zählen neben der Verweigerung eines amtlichen Verteidigers etwa Entscheide des Gerichts zur Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten.<sup>36</sup>

## 2. Form und Frist

Die Beschwerde gegen schriftlich oder mündlich eröffnete Entscheide ist innert zehn Tagen nach dieser Eröffnung schriftlich und begründet bei der Beschwerdeinstanz einzureichen, Artikel 396 Absatz 1 StPO. Das ist in der Praxis der Hauptfall. Dem Beschwerdeführer hilft Artikel 91 Absatz 4 StPO: Die Frist bleibt auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der zehn Tage bei einer unzuständigen schweizerischen Behörde eingeht. Die hat sie dann ohne Verzug an die Beschwerdeinstanz weiterzuleiten. – Untätigkeitsbeschwerden (Rechtsverweigerung oder -verzögerung) sind an keine Frist gebunden, Artikel 396 Absatz 2 StPO. Man wird aber auch bei ihnen ausnahmsweise und nach den allgemeinen Regeln eine Verwirkung des Beschwerderechts annehmen können.<sup>37</sup>

## 3. Verfahren

Für die Beschwerde ordnet das Gesetz das schriftliche Verfahren an, Artikel 397 Absatz 1 StPO. Dessen Einzelheiten regelt Artikel 390 StPO. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift ist eine Rechtsmittelschrift einzureichen. Das folgt allerdings auch schon daraus, dass die Beschwerde schriftlich zu begründen ist.<sup>38</sup> Erscheint die Beschwerde der Beschwerdeinstanz danach als «offensichtlich unzulässig oder un-

<sup>32</sup> Anders offenbar *Stephenson/Thiriet* (Fn. 8) N 10 (S. 2618).

<sup>33</sup> *Schmid* (Fn. 4) N 1510 mit weiteren Nachweisen.

<sup>34</sup> Auch das Gesetz spricht ohne Vorbehalt vom Schutz des «Opfers».

<sup>35</sup> *Schmid* (Fn. 4) N 1510 mit weiteren Nachweisen.

<sup>36</sup> So im Ergebnis wohl schon *Stephenson/Thiriet* (Fn. 8) N 10 (S. 2617).

<sup>37</sup> Vgl. *Riklin* (Fn. 1) Art. 396 N 2 mit weiterem Nachweis: «Ein zu langes Zuwarten mit einer Beschwerde könnte jedoch als rechtsmissbräuchlich taxiert werden». Zur Verwirkung im Strafprozess allgemein *Kühne*, Hans-Heiner, in: Volker Erb u. a. (Hg.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 26. Auflage, Band 1, 2006, Einl. Abschn. H N 67 ff.

<sup>38</sup> Vgl. im Text oben 2 und *Ziegler*, Martin, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2011, Art. 390 N 1.

begründet» oder hat sie sonstige Mängel, reicht sie die Rechtsmittelschrift mit der Aufforderung zurück, sie nachzubessern. Sonst stellt sie die Schrift den anderen Parteien zur Stellungnahme zu (Absätze 2 und 3 des Artikels 390 StPO). Entschieden wird dann auf dem Zirkularweg oder in einer nicht öffentlichen Beratung (Absatz 4). Die Beschwerdeinstanz kann aber auch eine mündliche Verhandlung anordnen, sei es auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen (Absatz 5). Zu den Beweisen oben III 6.

#### 4. Entscheid

Hat die Beschwerde Erfolg, kann die Beschwerdeinstanz wahlweise eine eigene Entscheidung in der Sache treffen oder an die Vorinstanz zurückverwei-

sen, Artikel 397 Absatz 2 StPO. Die Beschwerde kann folglich sowohl reformatorische als auch kasatorische Wirkung haben (vgl. oben III 1). Zurückverweisen wird die Beschwerdeinstanz etwa dann, wenn das vorherige Verfahren gravierende Mängel hatte, die im Beschwerdeverfahren nicht oder nur unvollkommen geheilt werden könnten. (So sieht es auch Artikel 409 Absatz 1 StPO für das Berufungsgericht vor.) Als Beispiel den Fall, dass an dem Entscheid Personen mitgewirkt haben, die in den Ausstand hätten treten müssen (vgl. Artikel 56 StPO). – Wendet sich der Beschwerdeführer gegen eine Verfahrenseinstellung oder gegen eine Untätigkeit von Strafbehörden, kann die Beschwerdeinstanz der zuständigen Behörde – bei einer Einstellung: der Staatsanwaltschaft – für das weitere Verfahren Weisungen erteilen und Fristen setzen, Artikel 397 Absätze 3 und 4 StPO.

### Aus dem Schulthess Verlag



April 2013  
978-3-7255-6669-3  
152 Seiten, broschiert  
CHF 29.00

#### Jus-Studium – Und dann?

**Berufliche Perspektiven nach dem rechtswissenschaftlichen Studium**

Nicole Bürli | Ulrike Stedtnitz | Peter Vollenweider (Hrsg.)

Der Übergang vom Studium zum Beruf stellt eine grosse Herausforderung dar. Viele gut qualifizierte Studienabgänger strömen auf den Arbeitsmarkt. Gleichzeitig haben Studierende oft wenig Wissen über berufliche Möglichkeiten. Diese Publikation möchte deshalb Informationen für den Übergang von der Universität in die Berufspraxis vermitteln. In einem ersten Teil enthält es Beiträge über die Grundlagen einer juristischen Laufbahnplanung. In einem zweiten Teil folgen zehn Interviews mit Juristinnen und Juristen, die in verschiedenen Berufen tätig sind. Diese Interviews beleuchten einerseits klassische Berufsfelder wie die des Anwaltes und zeigen andererseits weniger typische Berufe wie z.B. die des Journalisten auf. Die Interviews geben damit Aufschluss über die vielfältigen beruflichen Optionen und über konkrete Wege zu diesen Tätigkeiten.

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich  
Telefon +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28  
buch@schulthess.com, www.schulthess.com

Schulthess §  
Der Verlag zu Recht