

sui generis

NWALT

Der Staatsanwalt als Richter
Marc Thommen



Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Marc Thommen

Der Staatsanwalt als Richter

**Dürfen Freiheitsstrafen in Strafbefehlen
ausgefällt werden?**

Für Niggi

Vorwort

Im Strafbefehlsverfahren wirkt der Staatsanwalt als Richter. Nicht nur die Untersuchung, auch das Urteil liegt in den Händen der Staatsanwaltschaft. Nur selten kommt es zu einem persönlichen Kontakt mit dem Beschuldigten. Meist sind Strafbefehle Verurteilungen auf dem Korrespondenzweg. Der Betroffene erhält sein Urteil nicht vom Richter, sondern vom Pöstler ausgehändigt. Das gilt selbst dann, wenn eine Freiheitsstrafe verhängt wird. In diesem Buch werfe ich deshalb die Frage auf, ob der Staatsanwalt als Richter auch über Freiheitsstrafen urteilen darf.

Dass dieses Buch erscheinen konnte, ist einer Reihe von glücklichen Wendungen zu verdanken. Angefangen hat alles im Jahr 2010. Meine Zeit als Gerichtsschreiber am Bundesgericht lag hinter mir. Während meiner Vorbereitung auf die Anwaltsprüfung durfte ich für den damaligen leitenden Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich, Andreas Brunner, als juristischer Sekretär tätig sein und dabei die Transition von der alten Zürcher zur neuen schweizerischen Strafprozessordnung begleiten. Dabei bin ich erstmals auf das Strafbefehlsverfahren aufmerksam geworden.

Nach meinem unter Schmerzen absolvierten Zürcher Anwaltspatent hat mich die Universität Luzern als Oberassistenten und Habilitanden engagiert. Zusammen mit meinem Betreuer Felix Bommer und der damaligen Berner Richterin und späteren Staatsanwältin Andrea Müller Merky sind wir als eine Art Wanderprediger-Trio im Dienste der Staatsanwaltsakademie durch das Land gezogen, um die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte der Kantone und des Bundes auf die Parteirechte in der neuen Strafprozessordnung einzuschwören. Dabei hat sich mein Eindruck erhärtet, dass das Strafbefehlsverfahren bereits auf dem Papier des Gesetzes (rechtliches Gehör, Freiheitsstrafen, Zustell- und Rückzugsfiktion etc.) Anlass für nähere Untersuchungen gibt.

Einen ersten Versuchsballon habe ich dann in meinem im Jahr 2010 in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht erschienenen Beitrag *«Unerhörte Strafbefehle»* steigen lassen. Die Reaktionen auf diese Publikation haben mich darin bestärkt, dem Thema weiter auf den Grund zu gehen und die summarischen Aburteilungen der verschiedenen Schweizer Strafprozessordnungen auf ihre Verfassungs- und Konventionskonformität zu untersuchen. So entstand die Schrift *«Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit»*, die 2013 von der Luzerner Rechtsfakultät als Habilitation abgenommen wurde.

Im Sommer 2013 durfte ich die Nachfolge von Martin Killias an der Universität Zürich antreten und mit dem Aufbau eines Lehrstuhls beginnen.

Während die Lehre durch das fakultäre Curriculum weitgehend vorgegeben war, lag es in der Forschung nahe, die zahlreichen prozessdogmatisch begründeten Behauptungen, die ich in meiner Habilitationsschrift aufgestellt hatte, einer empirischen Validierung zu unterziehen. Gemeinsam mit meinem Neuenburger Kollegen André Kuhn entstand die Idee, im Rahmen einer Studie des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren» zu erheben.

Lernen musste ich in unserem Projekt, dass empirische Strafprozessforschung äusserst zeitintensiv ist. So sind wir knapp zehn Jahre nach unserem Förderantrag immer noch daran, Daten zu erheben und Ergebnisse auszuwerten. Auch der vorliegende Beitrag ist keineswegs der Schlusspunkt unserer Forschung, sondern bestenfalls ein Zwischenfazit zu einer Feststellung, die uns alle überrascht hat: Drei von vier Personen, die in der Schweiz in den Strafvollzug eingewiesen werden, sind nicht von einem Gericht, sondern alleine von der Staatsanwaltschaft zu dieser Freiheitsstrafe verurteilt worden. Diese Tatsache hat mich veranlasst, mir ein paar grundsätzliche Gedanken zur Staatsanwältin als Richterin zu machen.

Möglich gemacht haben diese Abhandlung sehr viele Personen, die ich nachfolgend einzeln aufgelistet und verdankt habe. Ein paar wenige muss ich speziell hervorheben. Das betrifft zunächst die SNF-Studie selbst: Sophie-Katharina Matjaz und später vor allem David Eschle haben die Datenerhebung im Nationalfondsprojekt mit viel Herzblut, Verstand und Organisationstalent geleitet. Ohne die beiden gäbe es keine auszuwertenden Daten. Die statistische Auswertung wurde von David Studer, danach aber insbesondere von Simone Walser geleitet. Auch ihnen gebührt mein grosser Dank. Insbesondere David Eschle hat mir danach zur Seite gestanden, als es galt, unsere Resultate gegenüber den beteiligten Staatsanwaltschaften zu präsentieren und zu verteidigen.

Für ihre Beiträge zur vorliegenden Abhandlung habe ich zunächst Livia Widmer zu danken, die die Ausfällung von Freiheitsstrafen in Strafbefehlen in ihrer Masterarbeit untersucht und mir damit viel grundlegende Recherchearbeit abgenommen hat. Ihr Auslandsstudium hat sie davon abgehalten, als Co-Autorin an dieser Publikation mitzuwirken. In der Folge hat mich Jana Hesske mit einer umfassenden Auswertung der Rechtsprechung und Literatur unterstützt und dazu beigetragen, das Manuskript zur Publikationsreife zu bringen. Gian Ege und Moritz Oehen schliesslich haben einen sehr kritischen Blick auf meine steilen Thesen geworfen und mir sehr wertvolle Hinweise gegeben. Verbleibende Unzulänglichkeiten habe ich alleine zu vertreten.

Abschliessend noch ein Wort zur Rezeption der Studie: Wir haben unsere Zahlen und Erkenntnisse an nationalen und internationalen Tagungen

präsentieren und mit vielen Praktikern und Forscherinnen diskutieren können. Die Rückmeldungen waren vorwiegend positiv. Wir haben ebenso viel Erstaunen wie Ermunterung zu weiterer Forschung geerntet. Die zeitweise heftige Gegenwehr der Strafbehörden hat uns aber auch gezeigt, dass wir sie mit unseren Zahlen und Beanstandungen an einem sensiblen Punkt getroffen haben. Im Nachhinein muss ich eingestehen, dass meine Kritik in der Wortwahl oft zu angriffig und im Timing mehrfach ungünstig war. So habe ich gerade diejenigen Strafbehörden, die bereit waren, uns ihre Archive für die Forschung zu öffnen, vor den Kopf gestossen. Auf der anderen Seite sprechen die Zahlen für sich, und wir dürfen für uns in Anspruch nehmen, in der Schweiz eine evidenzbasierte Debatte lanciert zu haben zur Rolle des *Staatsanwalts als Richter*.

Zürich, 7. Januar 2025

Marc Thommen

Zahlen & Fakten

Am 1. Oktober 2016 habe ich zusammen mit Prof. Dr. iur. André Kuhn von der Universität Neuenburg beim Schweizerischen Nationalfonds (SNF) ein Gesuch eingereicht zur Förderung eines Projekts mit dem Arbeitstitel «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren».¹ Ausgangspunkt war die Feststellung, dass die Faktenlage zu den Strafbefehlsverfahren in der Schweiz sehr dünn ist und auch die Staatsanwaltschaften nur wenige Zahlen publizieren. Ziel dieses Projektes war es deshalb, mittels breit abgestützter empirischer Erhebungen in den Kantonen Bern, Genf, Neuenburg, St. Gallen, Tessin und Zürich sowie unter Auswertung gesamtschweizerischer Daten des Bundesamtes für Statistik mehr über die Strafbefehlspraxis in der Schweiz zu erfahren. Gegen wie viele Strafbefehle wird Einsprache erhoben? Sind die Beschuldigten verteidigt? Wird ihnen der Strafbefehl erläutert oder übersetzt? Wie werden Strafbefehle zugestellt? Welche Strafen werden ausgefällt? Stützen sich Strafbefehle auf Geständnisse oder andere Beweise?

Am 29. März 2017 hat der Nationalfonds unserem Antrag stattgegeben und unser Projekt mit CHF 350'000 gefördert. In der Folge nahmen wir das «Nationalfondsprojekt Nr. 173368 – Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren» in Angriff. Zusammen mit einem Team von über zwanzig wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen² haben wir die Praxis zu Strafbefehlen für Verbrechen und Vergehen von Erwachsenen empirisch untersucht.³ Wir

1 In Anlehnung und als Hommage an THOMAS HANSJAKOB, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, forumpoenale 2014, S. 160 ff. Dank Thomas Hansjakob war die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen die erste Behörde, die sich bereit erklärt hat, die Archive für unsere Forschung zu öffnen.

2 Hinweis zur gendergerechten Sprache: In diesem Beitrag wird abschnittsweise nur die weibliche oder nur die männliche Form verwendet. Bei der Verwendung der weiblichen Form sind immer auch Personen männlichen und nichtbinären Geschlechts mitgemeint und umgekehrt. Diese gendergerechte Schreibweise soll sicherstellen, dass alle Geschlechter gleichermaßen angesprochen werden, auch wenn dies nicht explizit in jedem Abschnitt ausgedrückt wird. ALECS RECHER von Transgender Network Switzerland hat mich mit Schreiben vom 11. Juni 2024 darauf hingewiesen, dass zusätzlich noch abschnittsweise die binär inklusive Schreibweise mit typografischen Zeichen (z.B. Richter*in) verwendet werden könnte, verbunden mit dem Hinweis, dass die übrigen Geschlechtsformen mitgemeint sind. Auch wenn mich dieser Hinweis in der Sache sehr überzeugt hat, habe ich dennoch darauf verzichtet, ihn umzusetzen, weil sich in der deutschen Sprache derzeit noch keine Pronomen etabliert haben, mit denen sich diese Inklusion sprachlich überzeugend umsetzen lässt.

3 In alphabetischer Reihenfolge: MLaw Tabea Berger, MLaw Eliane Cornu, MLaw Cloé Dutoit, Avocate (alle Kodierung), MLaw David Eschle (Projektleitung), MLaw Katjana Gamper, MLaw Eveline Hänni, MLaw Georgina Howe, MLaw Selma Kuratle, RA MLaw

haben dazu zum einen Daten des Bundesamts für Statistik zu den Strafbefehlsverfahren für die ganze Schweiz ausgewertet. Zum anderen haben uns die Kantone Bern, Neuenburg, St. Gallen und Zürich Zugang zu ihren Archiven gewährt und damit ermöglicht, aus einer Grundgesamtheit von rund 100'000 Strafbefehlen für den Zeitraum von 2014 bis 2017 eine repräsentative Stichprobe von über 3'000 Strafbefehlen sowie die dazugehörigen Akten zu untersuchen.

Die Erkenntnisse aus unserem Nationalfondsprojekt haben wir den beteiligten Staatsanwaltschaften vorgestellt und sie mit ihnen diskutiert. Ferner durften wir die Ergebnisse an zahlreichen nationalen und internationalen Konferenzen vorstellen.⁴ Sie sind in eine ganze Reihe von Publikationen eingeflossen.⁵ Eine der wichtigsten Erkenntnisse aus unserem Projekt ist, dass mehr als drei Viertel aller Freiheitsstrafen in der Schweiz in Strafbefehlen ausgesprochen werden. Drei von vier Personen, die in der Schweiz eine Freiheitsstrafe antreten, wurden nicht von Richtern, sondern von Staatsanwälten verurteilt.⁶ Dieser empirische Befund sowie neuere Erkenntnisse aus der

Silas Kuratle, MLaw Luisa Lichtenberger, MLaw Candice Malcotti, MLaw Debora Martella (alle Kodierung), RA in Mag. jur. Sophie-Katharina Matjaz (Projektleitung), MLaw Pauline Meyer, MLaw Katja Moll, MLaw Franziska Rader, MLaw Floriane Serravezza (alle Kodierung); Dr. iur. lic. phil. David Studer (Statistik; Programmierung), MLaw Céline Spahn (Kodierung); Simone Walser, PhD (Statistik; Auswertung), BLaw Caroline Weber (Kodierung), BLaw Livia Widmer (Auswertung), MLaw Thimo Wittkämper, MLaw Fabienne Zimmermann (beide Kodierung)

4 Universität Basel, 14.-16. September 2017: THOMMEN, Erledigung; Université de Genève, 13 septembre 2018: THOMMEN, ordonnance pénale; Hebrew University of Jerusalem/Israel, 9 January 2019: THOMMEN/ESCHLE, Prosecutorial Discretion; Interlaken, 6.-8. März 2019: THOMMEN/STUDER, Diversion; Universität Zürich / Freie Universität Berlin, 18. März 2021: THOMMEN, Strafbefehle und Verfahrensdauer; University of Warwick/UK, 19-21 May 2022: THOMMEN, Prosecutors as Judges?; Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law, 15 June 2022: THOMMEN/RUGGLI, Summary Penalty Order; Forum Strafverteidigung, Zürich, 2. Dezember 2022: THOMMEN/REINICKE, Mächtig mächtig; Universität St. Gallen, 24. April 2023: THOMMEN, Upgrade; University of Maastricht/NL, 12-13 June 2023: THOMMEN, Virtual Criminal Trials; Universität Basel, 2. November 2023: THOMMEN/ESCHLE, Revision; La Justice du Canton de Berne, Bienne, 15. novembre 2023: THOMMEN/ESCHLE, Ordonnance pénale.

5 THOMMEN/STUDER, Resozialisierung; THOMMEN/ESCHLE/KURATLE/WALSER/ZIMMERMANN, sui generis 2020; THOMMEN/ESCHLE, empirische Rechtsforschung; MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, ZStrR 139/2021, S. 266 ff.; THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision; THOMMEN, Penal Orders and Abbreviated Proceedings; vgl. auch THOMMEN/KUHN/ESCHLE/WALSER, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, Schlussbericht des Projektes 100011_173368 zuhanden des Schweizerischen Nationalfonds vom 18. März 2020.

6 Nachweise unten bei Ziff. II.2.

strafprozessrechtlichen Forschung⁷ geben Anlass, einer Frage erneut auf den Grund zu gehen, die in der schweizerischen Strafrechtspraxis eigentlich geklärt schien:

Kann der *Staatsanwalt als Richter* über Freiheitsstrafen entscheiden?

7 SUMMERS, *Sentencing and Human Rights*, S. 215 («*Individuals may waive their right to a trial, but they cannot waive their right to be lawfully detained. Sentences of imprisonment will only be compatible with Article 5(1)(a) ECHR if they are imposed by a judge. The possibility of a further judicial review at some point will not be sufficient to meet the demands of the right to freedom from unlawful detention*»).

Dank

Folgende Personen haben zum Gelingen unseres Nationalfondsprojekts sowie zur Publikation dieses Buches beigetragen. Ihnen allen gebührt mein grosser Dank:

Angela Agostino-Passerini, Tabea Berger, Felix Bommer, Eliane Cornu, Erika Dellemann, Cloé Dutoit, Gian Ege, David Eschle, Katjana Gamper, Peter Giger, Eveline Hänni, Jana Hesske, Georgina Howe, Sylvia Huber, Beatrice Kolvodouris Janett, Isabel Kramer, André Kuhn, Selma Kuratle, Silas Kuratle, Luisa Lichtenberger, Jascha Mattmann, Candice Malcotti, Debora Martella, Sophie-Katharina Matjaz, Pauline Meyer, Katja Moll, Catherine Nägeli Diethelm, Moritz Oehen, Franziska Rader, Luca Ranzoni, Caroline Ruggli, Floriane Serravezza, Céline Spahn, David Studer, Sarah Summers, Simone Walser, Caroline Weber, Livia Widmer, Thimo Wittkämper, Fabienne Zimmermann

Mein Dank gilt sodann folgenden Behörden:

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Staatsanwaltschaft des Kantons Neuenburg, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, Bundesamt für Statistik, Konferenz der Statthalterämter des Kantons Zürich, Stadtrichteramt der Stadt Winterthur

Inhalt

Vorwort	V
Zahlen & Fakten	IX
Dank	XIII
Inhalt	XV
Literatur	XVII
Materialien	XXXIII
Abkürzungen	XXXVII
<hr/>	
I. Einleitung	1
<hr/>	
II. Strafbefehle	3
1. Gesetz	3
2. Praxis	11
3. Revision	19
<hr/>	
III. Freiheitsstrafen	23
1. Freiheitsentzug	23
2. Gesetz	26
3. Rechtmässigkeit	29
4. Verurteilung	31
5. Gericht	33
<hr/>	
IV. Subjektiver Verzicht	37
1. Informiertheit	38
2. Freiheit	41
3. Unmissverständlichkeit	43
4. Überprüfbarkeit	47
5. Verteidigung	48
6. Öffentliche Interessen	50
7. Zwischenfazit	53
<hr/>	
V. Objektive Garantien	55
1. Kern der Konvention	55
2. Autonomie und Menschenwürde	57

3. Institutionelle Mindeststandards	60
4. Richtervorbehalt bei Freiheitsstrafen	66
<hr/>	
VI. Beschwerde	75
<hr/>	
VII. Fazit	79

Literatur

AGOSTINO-PASSERINI ANGELA, Ohne Urteil im Gefängnis, Beitrag auf humanrights.ch vom 17. November 2021. (zit. AGOSTINO-PASSERINI, Ohne Urteil im Gefängnis)

AGOSTINO-PASSERINI ANGELA / RUCKSTUHL NIKLAUS, Strafvollzug ohne rechtskräftiges Urteil – ein Umding im Rechtsstaat, *forumpoenale* 2021, S. 296 ff. (zit. AGOSTINO-PASSERINI/RUCKSTUHL, *forumpoenale* 2021)

ALBRECHT PETER

- Brauchen wir «Schnellrichter» in der Strafjustiz?, *AJP* 2004, S. 899 ff. (zit. ALBRECHT, *AJP* 2004)
- Strafrecht ohne Recht?, *ZStrR* 131/2013, S. 385 ff. (zit. ALBRECHT, *ZStrR* 131/2013)

ALTORFER MARTIN FELIX, Der Strafbefehl im Kanton Zürich, unter Berücksichtigung des Strafverfahrens in der übrigen Schweiz, in Deutschland und Österreich, Diss. Zürich 1966.

BAUMGARTNER FABIAN / PFÄNDLER NILS, Einen Tag nach der Festnahme verurteilt, *NZZ* Nr. 98 vom 28. April 2023, S. 11.

BERGER MAX B. / SCHORNO PIERRIK, Geschädigte und Opfer sind kein «Störfaktor», *Anwaltsrevue* 2019, S. 489 ff.

BERNARD STEPHAN, Ungleiches Strafrecht für Alle, *ZStrR* 135/2017, S. 117 ff.

BERNAUER CHRISTOF, Das Schuldprinzip im Strafbefehlsverfahren: *nullum mandatum poenale sine culpa?*, *ZStrR* 136/2018, S. 365 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017. (zit. OFK BV²-BIAGGINI)

BIBERSTEIN LORENZ / KILLIAS MARTIN, Ersatzfreiheitsstrafen im Kanton Zürich, Schlussbericht für das Amt für Justizvollzug (JuV) des Kantons Zürich vom 14. November 2019.

Bigler Olivier / Gonin Luc (Hrsg.), *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern 2018. (zit. SHK CEDH-BEARBEITER/IN)

- BISCHOFBERGER PETER, Die Verfahrensgarantien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1972.
- BLÖTZER JOSEPH, *Inquisition*, in: *Catholic Encyclopedia* – vol. 8, 1913.
- BOLL JÜRIG / FLACHSMANN STEFAN, Die Erfindung des Schnellrichters, in: Donatsch Andreas / Gossner Pascal / Maurer Hans / Wiederkehr Claudia (Hrsg.), *Liber amicorum für Ulrich Weder*, Zürich 2016, S. 9 f.
- BOMMER FELIX
- Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 128/2009, S. 5 ff. (zit. BOMMER, ZSR 128/2009)
 - Parteirechte der beschuldigten Personen bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, S. 196 ff. (zit. BOMMER, recht 2010)
 - Lauter Anfang – leises Ende, in: Schmid Jörg (Hrsg.), *Hommage für Peter Gauch*, Zürich 2016, S. 27 ff. (zit. BOMMER, *Hommage Gauch*)
- BREI GERALD, Due Process in EU antitrust proceedings – causa finita after Menarini?, ZWeR 2015, S. 34 ff. DOI: 10.15375/zwer-2015-0104
- BRUN MARCEL / FABBRI ALBERTO, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017, S. 231 ff.
- BULATY OLIVER, Plea-bargaining-Tendenzen im Völkerstrafrecht, Ist eine fünfjährige Freiheitsstrafe für 70-fachen Mord angemessen?, ZStrR 126/2008, S. 214 ff.
- CONINX ANNA, *Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafans und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht*, recht 2016, S. 157 ff.
- CORMINBOEUF HARARI CORINNE, Révision du CPP, quelles nouveautés?, *Anwaltsrevue* 2023, S. 111 ff.
- DAPHINOFF MICHAEL, *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Diss. Freiburg i.Ue. 2012, Zürich 2012.
- DE ALMEIDA-COSTA ANTÓNIO M., Function of the Criminal Law, in: Caeiro Pedro / Gless Sabine / Mitsilegas Valsamis / Costa Miguel João / de Snajjer Janneke / Theodorakakou Georgia (eds.), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/UK 2024, S. 492 ff. DOI: 10.4337/9781789902990.function.of.criminal.law

DENYS CHRISTIAN, Ordonnance pénale: Questions choisies et jurisprudence récente, SJ 2016, S. 125 ff.

DONATSCH ANDREAS

- Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 112/1994, S. 317 ff. DOI: 10.5167/uzh-19039 (zit. DONATSCH, ZStrR 112/1994)
- Die Anklage in besonderen Verfahren – Strafbefehlsverfahren, abgekürztes Verfahren, Verfahren gegen Schuldunfähige, forumpoenale 2017, S. 163 ff. (zit. DONATSCH, forumpoenale 2017)

DONATSCH ANDREAS / CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126/2008, S. 158 ff. (zit. DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 126/2008)

DONATSCH ANDREAS / KLEIN BETTINA, Entwicklungen im Strafrecht / Le point sur le droit pénal, SJZ 2015, S. 551 ff. (zit. DONATSCH/KLEIN, SJZ 2015)

Donatsch Andreas / Lieber Viktor / Summers Sarah / Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020. (zit. ZK StPO³-BEARBEITER/IN)

DUFF ANTONY / FARMER LINDSAY / MARSHALL SANDRA / TADROS VICTOR

- Introduction: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial, in: Duff Antony / Farmer Lindsay / Marshall Sandra / Tadros Victor (eds.), The Trial on Trial, vol. 1, Truth and Due Process, Hart Publishing, Oxford/Portland 2004, S. 1 ff. (zit. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, vol. 1)
- Introduction: Judgment and Calling to account, in: Duff Antony / Farmer Lindsay / Marshall Sandra / Tadros Victor (eds.), The Trial on Trial, vol. 2, Judgment and Calling to Account, Hart Publishing, Oxford/Portland 2006, S. 1 ff. (zit. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, vol. 2)
- The Trial on Trial, vol. 3, Towards a Normative Theory of the Criminal Trial, Hart Publishing, Oxford/Portland 2007. (zit. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, vol. 3)

EDER KAROLINE / ZETSCHKE THORSTEN, Teil I: Grenzenloses Recht / Strafbefehlsverfahren – ein Vergleich der schweizerischen und deutschen Rechtslage, in: Eder Karoline / Tanner Isabella (Hrsg.), Recht und Grenzen – Grenzen des Rechts?, Zürich/Basel/Genf 2022, S. 43 ff.

EGE GIAN / VAN DER STROOM SANDRA, Die StPO-Revision – eine verpasste Chance?, SJZ 2023, S. 775 ff.

ENESCU RALUCA

- Penal Orders and the Role of Prosecutors in Switzerland, *Journal of Legal Studies*, vol. 26, issue 40, 2020, S. 125 ff. DOI: 10.2478/jles-2020-0016 (zit. ENESCU, *Journal of Legal Studies*, vol. 26, issue 40, 2020)
- Penal Orders for Misdemeanours and Felonies in France: A Procedural Economy at the Expense of the Defence?, *International E-Journal of Criminal Sciences* 16/2021, S. 1 ff. (zit. ENESCU, *International E-Journal of Criminal Sciences* 16/2021)
- Wrongful Convictions in Summary Proceedings: a Comparison of Penal Orders in France, Germany and Switzerland, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 3/2023, S. 184 ff. DOI: 10.1515/mks-2023-0019 (zit. ENESCU, *M SchrKrim* 3/2023)

ENESCU RALUCA / NIANG ADJA LEA / MOMSEN CARSTEN, Verteidigung in Strafbefehlsverfahren in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 1/2022, S. 20 ff. DOI: 10.20375/0000-000E-8B36-9 (zit. ENESCU/NIANG/MOMSEN, *KriPoZ* 1/2022)

FEELEY MALCOM M., *The Process is the Punishment, Handling Cases in a Lower Criminal Court*, Russell Sage Foundation, New York 1992 (first published 1979).

FELSTINER WILLIAM L. F., Plea Contracts in West Germany, *Law & Society Review*, vol. 13, no 2, 1978/1979, S. 309 ff.

FROMMANN MAIKE, Die strukturelle Parteilichkeit des Strafrichters – unter besonderer Berücksichtigung des Verständigungsverfahrens, *Diss. Bremen* 2015.

GAROUPA NUNO / STEPHEN FRANK, Why Plea-Bargaining Fails to Achieve Results in So Many Criminal Justice Systems: A New Framework for Assessment, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, issue 3, 2008, S. 277 ff. DOI: 10.1177/1023263X0801500303

GAZAL-AYAL OREN / RIZA LIMOR, Plea Bargaining and Prosecution, in: Garoupa Nuno (ed.), *Criminal Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/UK 2009, S. 145 ff.

GERNY DANIEL

- Unsere Lust am Strafen industrialisiert die Justiz, *NZZ* Nr. 192 vom 21. August 2019, S. 12. (zit. GERNY, *NZZ* Nr. 192 vom 21. August 2019)
- Fall «Walliserkanne» – Die Flut der Strafbefehle wird zum Problem, *NZZ* Nr. 99 vom 29. April 2023, S. 24. (zit. GERNY, *NZZ* Nr. 99 vom 29. April 2023)

GETH CHRISTOPHER

- Die Aufsicht über die Staatsanwaltschaft aus Sicht einer kantonalen Fachkommission, *forumpoenale* 2018, Sonderheft 1, S. 367 ff. (zit. GETH, *forumpoenale* 2018, Sonderheft 1)
- Strafe auf Verdacht, *ZStrR* 140/2022, S. 383 ff. (zit. GETH, *ZStrR* 140/2022)
- Grundlagen der Revision, in: Geth Christopher (Hrsg.), *Die revidierte Strafprozessordnung*, Basel 2023, S. 1 ff. (zit. GETH, *Revision* 2023)

GETH CHRISTOPHER / SCHINDLER BENJAMIN, Aufsicht über die Bundesanwaltschaft, Gutachten zuhanden der Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte vom 3. Februar 2021. (zit. GETH/SCHINDLER, *Aufsicht BA*)

GILLIÉRON GWLADYS, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Zürich/Basel/Genf 2010.

GILLIÉRON GWLADYS / KILLIAS MARTIN, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht!, in: Niggli Marcel A. / Pozo José H. / Queloz Nicolas (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag*, Zürich 2007, S. 379 ff.

GLESS SABINE, Der Strafbefehl – in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Heer Marianne (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung*, Bern 2010, S. 41 ff.

GRODECKI STÉPHANE, L'ordonnance pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, *forumpoenale* 2016, S. 218 ff.

GSCHWEND LUKAS / WINIGER MARC, *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2008.

GÜNTHER HANS, *Staatsanwaltschaft. Kind der Revolution, Versuch eines juristischen Essays*, Frankfurt 1973.

HAACK TIM, *Die Systematik der vereinfachten Strafverfahren*, Diss. Hannover 2009, Baden-Baden 2009. DOI: [10.5771/9783845217642](https://doi.org/10.5771/9783845217642)

HAEFLIGER ARTHUR, *Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung*, *Repertorio di giurisprudenza patria* 1991, S. 243 ff.

HAEFLIGER ARTHUR / SCHÜRMAN FRANK, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis*, 2. Aufl., Bern 1999. (zit. HAEFLIGER/SCHÜRMAN, *Europäische Menschenrechtskonvention*²)

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 11. Aufl., Zürich/Genf 2024.

- HAGENSTEIN NADINE / ZURBRÜGG MATTHIAS, Das Strafbefehlsverfahren nach eidg. StPO – liegt die Einheit in der Vielfalt?, ZStrR 130/2012, S. 395 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, forum-poenale 2014, S. 160 ff.
- HASLER THOMAS, Dunkelkammer Justiz, Medialex 2015, S. 19 ff.
- HERZOG ROMAN, Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AÖR, vol. 86, no. 2/3, 1961, S. 194 ff.
- HÜRLIMANN CORNELIA, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Diss. Zürich 2006.
- HUTZLER DORIS, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren, Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern 2010, Zürich/Basel/Genf 2010.
- JACKSON JOHN / SUMMERS SARAH, Seeking Core Fair Trial Standards across National Boundaries: Judicial Impartiality, the Prosecutorial Role and the Right to Counsel, in: Jackson John / Summers Sarah (eds.), Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings: Individual Rights and Institutional Forms, Oxford 2018, S. 99 ff.
- JACKSON ROBERT H., The Federal Prosecutor, Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 31, no. 1 (May-June), 1940.
- JAGGI EMANUEL, Die prototypische Absprache, Legitimität im Lichte des Strafzumessungsrechts, Diss. Bern 2006. (zit. JAGGI)
- JAGGI IRMA, Die strafprozessuale Absprache vor den Schranken des Gerichts, Rolle und Einfluss des Gerichts im abgekürzten Verfahren, Diss. Luzern 2015, Zürich 2016. (zit. JAGGI IRMA)
- JOSITSCH DANIEL / EGE GIAN / SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht II – Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich 2018. (zit. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, Strafrecht II⁹)
- JOSITSCH DANIEL / SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich / St. Gallen 2023. (zit. JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar⁴)
- JOSITSCH DANIEL / SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl., Zürich / St. Gallen 2023. (zit. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch⁴)

- Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, Kommentar, 3. Aufl., München/Basel 2022. (zit. Kommentar EMRK³-BEARBEITER/IN)
- KOCH ARND, Die gescheiterte Reform des reformierten Strafprozesses – Liberale Prozessrechtslehre zwischen Paulskirche und Reichsgründung, ZIS 2009, S. 542 ff.
- KRAUSS DETLEF, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren – 1. Teil, recht 1986, S. 73 ff.
- KUHN ANDRÉ / BERGER-KOLOPP LÉA, Regard criminologique sur l'ordonnance pénale, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie/Kuhn André (Hrsg.), Dix ans de Code de procédure pénale, Basel/Neuenburg 2020.
- KÜHNE HANS-HEINER, Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren, GA 2008, S. 361 ff.
- LÄMMLI KLAUS BEAT, Die Strafverfügung nach solothurnischem Prozessrecht, Diss. Bern 1983, Olten 1983.
- LEUPOLD MICHAEL, Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 Entstehung – Grundzüge – Besonderheiten, BJM 2008, S. 233 ff.
- LICHTENBERGER LUISA, Die Verteidigung im Strafbefehlsverfahren – Eine Analyse anhand Daten aus dem SNF-Projekt «Zahlen und Fakten im Strafbefehlsverfahren», Masterarbeit Universität Zürich vom 31. Dezember 2020. DOI: 10.5281/zenodo.6916606
- LOPÉZ FELIX, Das Strafbefehlsverfahren im Kanton Basel-Landschaft (§§ 7, 131 bis 134 StPO): unter besonderer Berücksichtigung des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim, Diss. Basel 2001, Basel 2002.
- MAEDER STEFAN, Schafft der Gesetzgeber das Strafrecht ab – und ist das etwas Schlechtes?, recht 2019, S. 12 ff.
- MALEIKA ELKE, Freiheitsstrafe und Strafbefehl: eine unmögliche Kombination?, Diss. Bremen 2000, Aachen 2000.
- MATTMANN JASCHA / ESCHLE DAVID / RADER FRANZISKA / WALSER SIMONE / THOMMEN MARC, Heimliche Verurteilungen: Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen, ZStrR 139/2021, S. 253 ff. DOI: 10.5167/uzh-206602
- MAYER THOMAS F., The Roman Inquisition, Trying Galileo, Philadelphia 2015, University of Pennsylvania Press. DOI: 10.1093/ahr/121.3.1034

- MELUNOVIC MARINI KENAD, Einen Strafbefehl erhalten – und jetzt?, NZZ Nr. 269 vom 19. November 2018, S. 13.
- MEYER FRANK, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Mit GVG und EMRK, Band X, Art. 1-8 EMRK, 5. Aufl., Köln 2018. (zit. SK StPO⁵-MEYER)
- Meyer-Ladewig Jens / Nettesheim Martin / von Raumer Stefan (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Basel 2017. (zit. HK EMRK⁴-BEARBEITER/IN)
- MISNER ROBERT L., Recasting Prosecutorial Discretion, Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 86, 1995-1996.
- MONTESQUIEU CHARLES DE SECONDÂT, Esprit des Lois – avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan etc., Paris – librairie de firmin Didot frères, 1862.
- MOREILLON LAURENT / PAREIN-REYMOND AUDE, Petit Commentaire – Code de procédure pénale, 2. Aufl., Basel 2016. (zit. MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit Commentaire²)
- MÜHLEMANN DAVID, Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren, recht 2018, S. 83 ff.
- MÜLLER INGO, Der Wert der «materiellen Wahrheit», Leviathan, vol. 5, no. 4, 1977, S. 522 ff. (zit. I. MÜLLER, Leviathan, vol. 5, no. 4, 1977)
- MÜLLER RETO P., Busse auf Verdacht?, SJZ 2022, S. 984 ff. (zit. R. MÜLLER, SJZ 2022)
- MULTERER FELIX, Strafbefehlsverfahren und Öffentlichkeit: zwingendes Spannungsverhältnis oder Möglichkeit einer Symbiose?, recht 2017, S. 20 ff.
- MURRAY CHARLES, Charles Murray and the Underclass: the Developing Debate, London 1996.
- Niggli Marcel A. / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023. (zit. BSK StPO³-BEARBEITER/IN)
- Niggli Marcel A. / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStG), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018. (zit. BSK StGB⁴-BEARBEITER/IN)

- NOSETTI-KAUFMANN ARIANE, Strafbefehl, abgekürztes Verfahren und fehlende Unmittelbarkeit: Festhalten am Status quo – eine verpasste Chance?, ZStrR 138/2020, S. 248 ff.
- OBERHOLZER NIKLAUS, Landesverweisung – aktueller Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBJV 2020, S. 227 ff.
- OEHEN MORITZ, Der Strafkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich 2018, Bern/Berlin 2019. DOI: 10.5167/uzh-178251
- Pabel Katharina / Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Loseblattausgabe, Grundwerk 1986, 29. Lieferung, Köln/Berlin/München 2021. (zit. IntKomm EMRK-BEARBEITER/IN)
- PASQUIER SUZANNE, «La notification fictive des ordonnances pénales viole la CEDH» (Débat entre Stéphane Grodecki et Yvan Jeanneret), Plädoyer 2013, S. 6 ff.
- PITTELOUD JO, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012.
- RADBRUCH GUSTAV, Gesamtausgabe Band 1, Rechtsphilosophie I, Heidelberg 1987, S. 340 ff.
- RAUXLOH REGINA E., Formalisation of Plea Bargaining in Germany – Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?, Fordham International Law Journal, vol. 34, 2010, S. 296 ff.
- RIEDO CHRISTOF / FIOILKA GERHARD, Der Strafbefehl: Netter Vorschlag oder ernste Drohung?, forumpoenale 2011, S. 156 ff.
- RIKLIN FRANZ
- Die Strafprozessrechtsreform in der Schweiz, GA 2006, S. 495 ff. (zit. RIKLIN, GA 2006)
 - Urteileröffnung beim Strafbefehl, in: Zen-Ruffinen Piermarco (Hrsg.), Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Basel 2006, S. 115 ff. (zit. RIKLIN, FS-Bolle 2006)
 - Rechtsstaatlichkeit von Strafbefehlen – Das Strafbefehlsverfahren ist rechtsstaatlich bedenklich und reformbedürftig, NZZ Nr. 104 vom 6. Mai 2013, S. 20. (zit. RIKLIN, NZZ Nr. 104 vom 6. Mai 2013)
 - Die Reformen des Sanktionenrechts, ZStrR 132/2014, S. 246 ff. (zit. RIKLIN, ZStrR 132/2014)
 - Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, ZBJV 2016, S. 475 ff. (zit. RIKLIN, ZBJV 2016)

- RITSCHER ANINA / MERKOFER LEILA, *Unschuldig hinter Gittern, Beitrag auf surprise vom 7. März 2022.*
- RÖNNAU THOMAS, *Die Absprache im Strafprozess: eine rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit von Absprachen nach dem geltenden Strafprozessrecht*, Diss. Kiel 1989, Baden-Baden 1990.
- RUCKSTUHL NIKLAUS, *Neuerungen im Strafprozessrecht*, *Anwaltsrevue* 2023, S. 17 ff.
- SCHELLENBERG FRANK, *Zur Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsweg*, *NStZ* 1994, S. 570 ff.
- SIMON JONATHAN, *Poor Discipline – Parole and the Social Control of the Underclass 1890-1900*, Chicago/London 1993.
- SCHMID NIKLAUS, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich/St. Gallen 2009.
- SCHMIDT EBERHARD, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen 1995. (zit. SCHMIDT, *Einführung*³)
- SCHMIDT-HIEBER WERNER, *Vereinbarungen im Strafverfahren*, *NJW* 1982, S. 1017 ff.
- SCHMOCKER PATRICK
- *Der rechtsstaatlich korrekte und faire Erlass des Strafbefehls, Strafbefehlsvoraussetzungen und Einvernahmepflichten mit Blick auf das staatsanwaltschaftliche Massengeschäft*, Universität Luzern, Staatsanwaltsakademie, CAS Forensics, Masterarbeit vom 12. August 2015. (zit. SCHMOCKER, CAS 2015)
 - *Die Strafbefehlsvoraussetzungen des «eingestandenem» oder «anderweitig ausreichend geklärten» Sachverhalts*, *forumpoenale* 2016, S. 291 ff. (zit. SCHMOCKER, *forumpoenale* 2016)
- SCHRÖDER ANDREAS, *Ausgewählte Fragen im Straf- und Strafprozessrecht*, *BJM* 2015, S. 69 ff.
- SCHUBARTH MARTIN
- *Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft: eine Analyse der schweizerischen Strafprozessgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten*, *Habil.* Basel 1973, Bern 1973. (zit. SCHUBARTH, *Untersuchungshaft*)
 - *Zurück zum Grossinquisitor? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls*, in: Pozo José H. / Niggli Marcel A. / Queloz Nicolas (Hrsg.),

- Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 527 ff. (zit. SCHUBARTH, Zurück zum Grossinquisitor?)
- SCHÜNEMANN BERND, Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren, ZIS 2009, S. 484 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., Die Aufsicht über die Staatsanwaltschaften, AJP 2013, S. 1378 ff.
- SCHWITTER MARK, Der Strafbefehl im aargauischen Strafprozess, Stellung und Funktion des Strafbefehls des Bezirksamtmanns in der durch Abänderungsgesetz vom 24. Januar 1977 teilrevidierten Strafprozessordnung vom 11. November 1958, Diss. Zürich 1995, Aarau / Frankfurt a. M. 1996.
- SEELMANN MARTIN, Strafzumessung und Doppelverwertung – ein Wegweiser zu einer überprüfbareren Strafzumessung, Diss. Zürich 2023.
- SEHER GERHARD, Wert und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe. Zugleich eine Skizze über Begriff und Zweck staatlicher Strafe, in: Bublitz Jan Christoph / Bung Jochen / Grünwald Annette / Magnus Dorothea / Putzke Holm / Scheinfeld/Jörg (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, S. 493 ff.
- SIMMLER MONIKA, Einsicht der Medien in Strafbefehle – Zur Reichweite des Art. 69 Abs. 2 StPO, ZStrR 138/2020, S. 211 ff.
- SINNER STEFAN, Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht, Diss. Frankfurt a. M. 1998, Bern 1999.
- Spescha Marc (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019. (zit. OFK Migrationsrecht⁵-BEARBEITER/IN)
- STÄMPFLI FRANZ, Die Strafverfügung der Bundesverwaltung, ZStrR 43/1929, S. 131 ff.
- STOLL MIRJAM, Beschleunigungsstrategien der Strafjustiz: Eine empirische Studie zum Strafbefehlsverfahren in der Schweiz, Diss. Basel 2015, Opladen/Berlin/Toronto 2018. DOI: 10.3224/86388749
- STRATENWERTH GÜNTHER / BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024. (zit. STRATENWERTH/ BOMMER, AT I⁵)

STÜBI PAUL, Strafbefehl ohne Einsprache: Anerkennung von Tatsachen oder Schuld?, QFLR 2/2017, S. 15 ff.

STUDER DAVID, Die Beschuldigten-Einsprache im Strafbefehlsverfahren, Eine empirische Untersuchung zur Häufigkeit und zu den Ursachen von Einsprachen in vier Schweizer Kantonen, *ContraLegem* 2019, S. 164 ff.

SUMMERS SARAH J.

- Fair trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Diss. Zürich 2006, Oxford/Portland 2007. (zit. SUMMERS, 2006)
- Sentencing and Human Rights: The Limits on Punishment, Habil. Zürich 2021, Oxford 2022. DOI: 10.5167/uzh-228184 (zit. SUMMERS, Sentencing and Human Rights)
- Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, ZSR 141/2022, S. 275 ff. (zit. SUMMERS, ZSR 141/2022)

THAMAN STEPHEN C., The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?, in: Luna Erik / Wade Marianne (eds.), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, New York 2012, S. 156 ff. DOI: 10.1093/acprof:osobl/9780199844807.001.0001

THOMMEN MARC

- Unerhörte Strafbefehle – Strafbefehle ohne Einvernahme – ein Plädoyer für Kommunikation mit Beschuldigten, ZStrR 128/2010, S. 373 ff. DOI: 10.5167/uzh-140289 (zit. THOMMEN, ZStrR 128/2010)
- Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil. Luzern 2013, Bern 2013. DOI: 10.5167/uzh-188926 (zit. THOMMEN, Kurzer Prozess)
- Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, *recht* 2014, S. 264 ff. DOI: 10.5167/uzh-105969 (zit. THOMMEN, *recht* 2014)
- Erledigungen von Strafverfahren ohne Hauptverhandlung – Landesbericht Schweiz, 36. Tagung für Rechtsvergleichung «Das Recht und seine Durchsetzung», 14.-16. September 2017, Basel. (zit. THOMMEN, Erledigung)
- La Suisse, c'est Zürich – l'ordonnance pénale des origines à l'actualité, 2^{ème} Journée de droit pénal, 13 septembre 2018, Université de Genève. (zit. THOMMEN, ordonnance pénale)
- Reform der Untersuchungshaft – weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte, Festgabe für Christian Schwarzenegger, *ContraLegem*, 2019/2, S. 47-60. (zit. THOMMEN, *ContraLegem*, 2019/2)

- Strafbefehle und Verfahrensdauer, Workshop Zeit und Recht der Juristischen Fakultät der Universität Zürich und des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, Strafbefehle und Verfahrensdauer, 18. März 2021, Freie Universität Berlin (online). (zit. THOMMEN, Strafbefehle und Verfahrensdauer)
- Prosecutors as Judges? The Case of Swiss Summary Penalty Order, The McDonaldization of justice and the disappearance of fair trial? [Presentation and Discussion of Findings of the Swiss National Research Foundation Study, 20 May 2022], 11th Conference on the future of adversarial and inquisitorial systems, Criminal Justice Centre and School of Law, 19–21 May 2022, University of Warwick, UK. (zit. THOMMEN, Prosecutors as Judges?)
- Upgrade für das Strafbefehlsverfahren – Mehr Einvernahmen, mehr Einsprachen? [Referat und Vorstellung der Resultate der SNF-Studie], Universität St. Gallen, Kompetenzzentrum Strafrecht und Kriminologie, Teilrevision Strafprozessordnung, Tagung, Montag, 24. April 2023, WBZ St.Gallen. (zit. THOMMEN, Upgrade)
- Virtual Criminal Trials and Fairness Article 6 ECHR [Presentation and Discussion of Findings of the Swiss National Research Foundation Study, 13 June 2023], Symposium Virtual Criminal Trials, 12–13 June 2023, University of Maastricht/NL. (zit. THOMMEN, Virtual Criminal Trials)
- Penal Orders and Abbreviated Proceedings, in: Caeiro Pedro / Gless Sabine / Mitsilegas Valsamis / Costa Miguel João / de Snaijer Janneke / Theodorakakou Georgia (eds.), Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/UK 2024, S. 42 ff. DOI: 10.4337/9781789902990.penal.orders.and.abbreviated.proceedings (zit. THOMMEN, Penal Orders and Abbreviated Proceedings)
- Der Preis der Gerechtigkeit, in: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Was ist die Strafjustiz wert?, Basel 2024 (AAM, im Druck). (zit. THOMMEN, Preis der Gerechtigkeit [AAM]).

THOMMEN MARC / DIETHELM CHRISTINA, Vier Thesen zum Rechtsschutz in Kurzverfahren, ZStrR 133/2015, S. 145 ff. DOI: 10.5167/uzh-118754 (zit. THOMMEN/DIETHELM, ZStrR 133/2015)

THOMMEN MARC / ESCHLE DAVID

- Penal Orders, Prosecutorial Discretion and Trial Penalty, 9 January 2019, Hebrew University of Jerusalem/Israel, Faculty of Law. (zit. THOMMEN/ESCHLE, Prosecutorial Discretion).
- Was tun wir Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn wir forschen? Klassische Dogmatik versus empirische Rechtsforschung als innovativer Weg,

- in: Meier Julia / Zurkinden Nadine / Staffler Lukas (Hrsg.), *Recht und Innovation, Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht*, Zürich / St.Gallen 2020, S. 3 ff. DOI: 10.5167/uzh-189224 (zit. THOMMEN/ESCHLE, empirische Rechtsforschung)
- *Revision des Strafbefehlsverfahrens, Revision der Strafprozessordnung*, 2. November 2023, Juristische Fakultät, Universität Basel. (zit. THOMMEN/ESCHLE, Revision)
 - *Ordonnance pénale, Recherche et résultats des diverses pratiques cantonales*, La Justice du Canton de Berne, Journée de formation, 15. November 2023, Biel. (zit. THOMMEN/ESCHLE, Ordonnance pénale)
- THOMMEN MARC / ESCHLE DAVID / KURATLE SELMA / WALSER SIMONE / ZIMMERMANN FABIENNE, *Übersetzung von Strafbefehlen – «Wo chiemer mer hi?»*, *sui generis* 2020, S. 453 ff. DOI: 10.21257/sg.156 (zit. THOMMEN/ESCHLE/KURATLE/WALSER/ZIMMERMANN, *sui generis* 2020, S. 453 ff.)
- THOMMEN MARC / ESCHLE DAVID / WALSER SIMONE, *Revision des Strafbefehlsverfahrens – Von Bundesrätinnen in der Tiefsee und flennenden Staatsanwälten*, in: Geth Christopher (Hrsg.), *Die revidierte Strafprozessordnung*, Basel 2023, S. 243 ff. (zit. THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision)
- THOMMEN MARC / PAYER ANDRÉS, *Kartellverfahren als Strafverfahren. Zur institutionellen Ausgestaltung des Verfahrens über Direktsanktionen vor den Schweizer Wettbewerbsbehörden im Lichte der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zürich 2024. (zit. THOMMEN/PAYER, *Kartellverfahren als Strafverfahren*)
- THOMMEN MARC / REINICKE FRANZISKA, *Mächtig mächtig, Die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren*, Vortrag 19. Tagung Forum Strafverteidigung, 2. Dezember 2022, Zürich. (zit. THOMMEN/REINICKE, *Mächtig mächtig*)
- THOMMEN MARC / RUGGLI CAROLINE, *Swiss Summary Penalty Order [Presentation and Discussion of Findings of the Swiss National Research Foundation Study]*, Workshop, 15 June 2022, Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law. (zit. THOMMEN/RUGGLI, *Summary Penalty Order*)
- THOMMEN MARC / STUDER DAVID
- *Diversion im Strafbefehlsverfahren – ein Mittel zur Wiedereingliederung*, Referat im Rahmen des Jahreskongresses der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie (SAK) in Interlaken, 6.-8. März 2019, Wiedereingliederung im Kontext der Null-Risiko-Gesellschaft, von nothing works zu something works sometimes. (zit. THOMMEN/STUDER, *Diversion*).

- Das Strafbefehlsverfahren als Mittel der Resozialisierung, in: Genillod-Villard Françoise / Keller Stefan / Niggli Marcel A. / Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Wiedereingliederung im Kontext der Null-Risiko-Gesellschaft, Band 37, Bern 2020, S. 45 ff. DOI: 10.5167/uzh-197405 (zit. THOMMEN/STUDER, Resozialisierung)

TRECHSEL STEFAN

- Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Habil., Bern 1974. (zit. TRECHSEL, Menschenrechtskonvention)
- Straßburger Rechtsprechung zum Strafverfahren – Die Urteile Schiesser, Deweer, Artico und Luedicke, Belkacem und Koç, JR 1981, S. 133 ff. (zit. TRECHSEL, JR 1981)
- (with the assistance of Sarah Jane Summers), Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford 2006. (zit. TRECHSEL/SUMMERS).

VARGHA JULIUS

- Die Verteidigung in Strafsachen – historisch und dogmatisch dargestellt, Neudruck der Ausgabe Wien 1879, Darmstadt 1994. (zit. VARGHA, 1879)
- Das Strafprozessrecht systematisch dargestellt, 2. Aufl., Berlin 1907. (zit. VARGHA, 1907)

VEST HANS, Aspekte des strafprozessualen Rechtsmissbrauchs, Ein Blick auf die Gerichtspraxis, ZBJV 2016, S. 387 ff.

Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015. (zit. BSK BV-BE-ARBEITER/IN)

WALTER TONIO, Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, JZ 2019, S. 649 ff.

WEIGEND THOMAS, Why have a Trial when you can have a Bargain?, in: Duff Antony / Farmer Lindsay / Marshall Sandra / Tadros Victor (eds.), The Trial on Trial, vol. 2, Judgment and Calling to Account, Hart Publishing, Oxford/Portland 2006, S. 207 ff.

WIDMAIER GUNTER, Die Urteilsabsprache im Strafprozess – ein Zukunftsmodell?, NJW 2005, S. 1985 ff.

WOHLERS WOLFGANG

- Art. 1 StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020. (zit. SHK StGB⁴-WOHLERS)

- Die anstehende Reform der Strafprozessordnung, ZStrR 138/2020, S. 402 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 138/2020)
- Die schweizerische Strafprozessordnung – Eine Betrachtung aus der Vogelperspektive, ZStrR 138/2020, S. 229 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 138/2020)

ZIHLMANN MAGDA, Der Strafbefehlsprozess – von der Kraft des Rechts und der Rechtskraft, Vortrag 19. Tagung Forum Strafverteidigung, 2. Dezember 2022, Zürich.

Materialien

Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (AB-BA), Inspektionsbericht der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft, Inspektion 2021/2022, Nichtanhandnahmen und Einstellungen 2016-2020 vom 28. Februar 2023. (zit. AB-BA, Inspektion 2021/2022)

Bundesamt für Justiz, Hearings zum Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Aus 29 mach 1, Bern 1998. (zit. Hearings StPO/1998)

Bundesamt für Statistik

- Statistik des Vollzugs von Sanktionen (SVS), Straf- und Massnahmenvollzug: Einweisungen nach Hauptentscheid vom 14. November 2022. (zit. Bundesamt für Statistik, Straf- und Massnahmenvollzug)
- Revisionen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und ihre Auswirkungen auf die kurzen Freiheitsstrafen vom 16. Oktober 2023. (zit. Bundesamt für Statistik, Revision des StGB)

Bundesrat

- Bericht an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dezember 1968 (BBl 1968 II, S. 1057 ff.). (zit. Bericht Bundesrat)
- Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971 (BBl 1971 I, S. 993 ff.). (zit. Botschaft VSTRr)
- Ergänzungsbericht über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 23. Februar 1972 (BBl 1972 II, S. 989 ff.). (zit. Ergänzungsbericht des Bundesrates/1972)
- Botschaft über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. März 1974 (BBl 1974 I, S. 1035 ff.). (zit. Botschaft des Bundesrates/1974)
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2005, S. 1085 ff.). (zit. Botschaft StPO/2005)
- Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) vom Dezember 2017. (zit. Erläuternder Bericht StPO/2017)
- Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28. August 2019 (BBl 2019, S. 6697 ff.). (zit. Botschaft StPO/2019)

Council of Europe / Conseil de l'Europe, European Commission of Human Rights, Preparatory Work on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 8 August 1956. (zit. Council of Europe, Preparatory Work on Article 5)

Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation N° R (87) 18 du Comité des Ministres aux États Membres Concernant la Simplification de la Justice Pénale, adoptée par le Comité des Ministres le 17 septembre 1987. (zit. Conseil de l'Europe, Recommandations N° R [87] 18)

Council of Europe / European Court of Human Rights (Research Division, Division de la Recherche), The role of public prosecutor outside the criminal law field in the case-law of the European Court of Human Rights, March 2011. (zit. Council of Europe/ECtHR, Role of public prosecutor)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bundesamt für Justiz, Bern, Februar 2003. (zit. Vernehmlassung StPO 2003)

European Court of Human Rights

- Key Theme Article 6 §§ 1 and 3 (c), Access to a lawyer, Updated on 31 August 2024. (zit. Key Theme Article 6 ECHR)
- Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial (criminal limb), Updated on 29 February 2024. (zit. Guide on Article 6 (criminal limb) ECHR)
- Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights – Right to liberty and security, Updated on 31 August 2022. (zit. Guide on Article 5 ECHR)

Kantonsrat Zürich, Sitzung vom 26. November 1917, Kommissionspräsident Hans Sträuli, Protokoll des Kantonsrates für die Amtsperiode 1917-1920, I. Band (1917/1918 und 1918/1919), S. 224 ff., Zürich 1920.

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Weisungen für das Vorverfahren (WOSTA) vom 24. Januar 2023. (zit. Weisungen der OSTA/ZH)

Nationalrat

- Sitzung vom 27. Juni 1974, Europäische Menschenrechtskonvention. Genehmigung, AB 1974 S 378 ff. (zit. Nationalrat, Sitzung vom 27. Juni 1974, AB 1974 S)

- Sitzung vom 2. Oktober 1974, Europäische Menschenrechtskonvention. Genehmigung, AB 1974 N 1461 ff. (zit. Nationalrat, Sitzung vom 2. Oktober 1974, AB 1974 N)
- Sitzung vom 20. Juni 2007, Strafprozessrecht. Vereinheitlichung, AB 2007 N 1024 ff. (zit. Nationalrat, Sitzung vom 20. Juni 2007, AB 2007 N)

Ständerat

- Sitzung vom 11. Dezember 2006, Strafprozessrecht. Vereinheitlichung, AB 2006 S 1043 ff. (zit. Ständerat, Sitzung vom 11. Dezember 2006, AB 2006 S)
- Sitzung vom 14. Dezember 2021, Strafprozessordnung. Änderung, AB 2021 S 1347 ff. (zit. Ständerat, Sitzung vom 14. Dezember 2021, AB 2021 S)

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
AAM	Author's accepted manuscript
a.a.O.	am angeführten Ort
AB	Amtliches Bulletin
AB-BA	Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft
Abs.	Absatz
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
a. M.	am Main
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AR	Kanton Appenzell Auser rhoden
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
Aufl.	Auflage
BA	Bundesanwaltschaft
BBl	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung, Bern
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BSK	Basler Kommentar
BüG	Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht vom 20. Juni 2014 (SR 141.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CAS	Certificate of Advanced Studies
CEDH	Convention européenne des droits de l' homme, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CHF	Schweizer Franken
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPP/GE	Code de procédure pénale de la République et Canton de Genève du 29 septembre 1977 (E 4 20)
D	Deutschland

dies.	dieselbe(n) (Autorinnen oder Autoren)
diff.	differenziert
Diss.	Dissertation
DOI	Digital Object Identifier (doi.org)
D-StPO	Strafprozessordnung vom 7. April 1987 (Deutschland)
E.	Erwägung
EBMA	Executive Master in Business Administration
ECHR	European Convention on Human Rights of 4 November 1950
ECtHR	European Court of Human Rights
ed./eds.	editor/editors
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
eidg.	eidgenössisch
etc.	et cetera
EUR	Euro
F	Frankreich
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
F-CPP	Code de procédure pénale (Frankreich)
FL	Fürstentum Liechtenstein
FL-StPO	Strafprozessordnung vom 18. Oktober 1988 (Fürstentum Liechtenstein)
Fn.	Fussnote
forumpoenale	Die Zeitschrift für den Praktiker im Bereich Strafrecht, Bern
FS	Festschrift
FStP	Bundesgesetz betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze vom 30. Juni 1894 (AS I 87)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg
GC	Grand Chamber
GE	Kanton Genf
GL	Kanton Glarus
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 (211.1)
GvG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 12. September 1950 (Deutschland)

Habil.	Habilitationsschrift
HK	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Universität St. Gallen
I	Italien
i.A.	im Allgemeinen
IntKomm	Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
I-StPO	Strafprozessordnung vom 24. Oktober 1989 (Italien)
JR	Juristische Rundschau, Berlin
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 (SR 311.1)
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (SR 312.1)
JuV	Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich
JZ	Juristen Zeitung, Tübingen
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
krit.	kritisch
lic. iur.	Licentiatius iuris (Lizenziat in Rechtswissenschaft)
lit.	litera (Buchstabe)
Medialex	Schweizerische Fachzeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, Freiburg i.Ue. (online: medialex.ch)
m.H.a.	mit Hinweis auf
min	Minute
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note; Nationalrat
NE	Kanton Neuenburg
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt
NL	Niederlande
NL-StPO	Strafprozessordnung vom 15. Januar 1921 (Niederlande)
NR	Norwegen
NR-StPO	Strafprozessordnung vom 22. Mai 1981 (Norwegen)
Nr./No.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, München
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OBV	Ordnungsbussenverordnung vom 16. Januar 2019 (SR 314.11)

OFK	Orell Füssli Kommentar
Ö	Österreich
OS	Offizielle Sammlung der seit 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich, zitiert nach Band und Seitenzahl
OSTA	Oberstaatsanwaltschaft
Ö-StPO	Strafprozessordnung von 1975 (Österreich)
QFLR	Quid? – Fribourg Law Review, Freiburg i.Ue.
RA	Rechtsanwalt/Rechtsanwältin
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern
resp.	respektive
S	Ständerat
S.	Seite
s.a.	siehe auch
sec	Sekunde
SG	Kanton St. Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	La Semaine judiciaire – doctrine, Genf
SJZ/RSJ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
SK	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
s.o.	siehe oben
SR/RS	Systematische Rechtssammlung
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (SR 173.71)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (741.01)
SVS	Statistik des Vollzugs von Sanktionen
UK	United Kingdom
US(A)	United States of America
v.	versus
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VS	Kanton Wallis
VSTR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)

WBZ	Weiterbildungszentrum
WOSTA	Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft
z.B.	zum Beispiel
ZG	Kanton Zug
ZH	Kanton Zürich
ZK	Zürcher Kommentar
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Giessen (zis-online.com)
zit.	zitiert
z.R.	zu Recht
ZSR/RDS	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel; Revue de droit suisse, Bâle
ZStrR/RPS	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern; Revue Pénale Suisse, Berne; Rivista Penale Svizzera, Berna
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Köln

«Wer einen Ankläger zum Richter hat, braucht Gott zum Advokaten»⁸

«Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice»⁹

8 Zit. nach RADBRUCH, S. 340; s.a. I. MÜLLER, *Leviathan*, vol. 5, no. 4, 1977, S. 525 («... was sich in dem alten Sprichwort ausdrückt: *«Wer den Ankläger zum Richter hat, braucht Gott zum Advokaten»*»); s.a. dortigen Verweis auf GÜNTHER, S. 51.

9 Montesquieu, *Esprit des Lois*, 1862, S. 129.

I. Einleitung

Am 1. April 1940 richtete Robert H. Jackson, damals Generalstaatsanwalt der Vereinigten Staaten von Amerika,¹⁰ in der Great Hall des Justizdepartements in Washington/DC eine Rede mit dem Titel «The Federal Prosecutor» an die 2. Jahreskonferenz der US-amerikanischen Anwälte, die er wie folgt eröffnete: «The prosecutor has more control over life, liberty, and reputation than any other person in America. His discretion is tremendous.»¹¹

Wer Weiterbildungen mit diesem Zitat beschliesst, wird schnell merken, dass Staatsanwältinnen nicht gerne mit ihrer eigenen Machtfülle konfrontiert werden.¹² Der Bundesrat versuchte noch die Macht der Schweizer Strafverfolgerinnen zu relativieren: «Effizienz der Strafverfolgung meint nicht Übermacht des staatlichen Verfolgungsapparates, Ziel ist es nicht, mit der beschuldigten Person möglichst «kurzen Prozess» zu machen.»¹³ Dass Staatsanwältinnen «mächtig mächtig»¹⁴ sind, kann jedoch auch in der Schweiz nicht ernsthaft bestritten werden.¹⁵ Das zeigt sich insbesondere daran, dass sie hierzulande auch Freiheitsstrafen verhängen können. Nachfolgend möchte ich einer Frage auf den Grund gehen, die STEFAN TRECHSEL schon vor über 40 Jahren aufgeworfen hat: Lässt es die Europäische Menschenrechtskonvention zu, dass

10 Etwas mehr als ein Jahr später, am 12. Juni 1941, wurde Robert H. Jackson von Präsident Franklin Delano Roosevelt für den obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten nominiert, dem Jackson dann bis 1954 als Associate Justice angehörte. In den Jahren 1945-1946 wurde er von dieser Funktion beurlaubt, um die Vereinigten Staaten von Amerika als Chef-Ankläger an den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen zu vertreten.

11 Address by Robert H. Jackson, Attorney General of the United States, «The Federal Prosecutor», delivered at The Second Annual Conference of United States Attorneys, Great Hall, Department of Justice Building, Washington D. C., 1 April 1940; die Rede wurde in der Folge auch noch abgedruckt in: JACKSON, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 31, no. 1, 1940, S. 3. Erstmals auf dieses Zitat aufmerksam wurde ich durch meinen geschätzten Kollegen von der Universität Haifa/Israel, Oren Gazal-Ayal: siehe GAZAL-AYAL/RIZA, S. 145 ff.

12 Vgl. THOMMEN, *Parteirechte bei den Beweiserhebungen in der Untersuchung, Vorträge an Weiterbildungen der Staatsanwaltschaften des Kantons Zug*, 26. August 2010, Zug/ZG [Slide 17], des Kantons Schwyz, 7. Juni 2010, Schwyz/SZ [Slide 16], sowie des Kantons Thurgau, 21. Mai 2010, Frauenfeld/TG [Slide 17].

13 Botschaft StPO/2005, S. 1107.

14 THOMMEN/REINICKE, *Mächtig mächtig*.

15 Das räumt auch der Bundesrat ein: Botschaft StPO/2005, S. 1107 («grosse Machtkonzentration [...] bei der Staatsanwaltschaft»); s.a. DAPHINOFF, S. 120 («Die Machtbalance im Strafprozess hat sich stark zur Staatsanwaltschaft hin verlagert»).

Staatsanwältinnen in eigener Regie Freiheitsstrafen aussprechen?¹⁶ Hierzu werde ich zunächst auf das schweizerische Strafbefehlsverfahren in seiner gesetzlichen Ausgestaltung und praktischen Verbreitung eingehen (II.). Sodann wird dargestellt, welche Anforderungen die Europäische Menschenrechtskonvention an die Ausfällung von Freiheitsstrafen stellt (III.). Hierbei wird sich unter anderem zeigen, dass Freiheitsstrafen durch Gerichte anzuordnen sind. Das führt zur Frage, ob die Beurteilung durch ein Gericht ein subjektives Recht ist, auf das verzichtet werden kann (IV.) oder ob die Konvention gewisse objektive Garantien statuiert, die nicht zur Disposition des Beschuldigten stehen (V.). Einzugehen ist noch auf die Frage, wie die Rüge, ein Strafbefehl mit Freiheitsstrafe hätte durch ein Gericht ausgefällt werden müssen, dem Gerichtshof in Strassburg unterbreitet werden kann (VI.), bevor die Erkenntnisse in einem Fazit zusammengefasst werden (VII.).

Das Resultat kann vorweggenommen werden: Die europäische Menschenrechtskonvention statuiert einen strengen Richtervorbehalt für Freiheitsstrafen. Staatsanwälte sind keine Richter. Sie dürfen keine Freiheitsstrafen ausfällen. Soweit es die schweizerische Strafprozessordnung den Staatsanwälten erlaubt, Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten in Strafbefehlen anzuordnen, verletzt sie die Vorgaben der Konvention.

16 TRECHSEL, JR 1981, S. 137 («Von praktischer Bedeutung könnte vor allem sein, ob in diesem summarischen Verfahren auch Freiheitsstrafen ausgefällt werden können»); krit. auch RIKLIN, ZStR 132/2014, S. 258 («Allgemein geht man zwar davon aus, dass ein Strafbefehl nicht EMRK-widrig ist, wenn die Möglichkeit besteht, mit einer Einsprache die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens zu erreichen. Fraglich ist, ob Strassburg das bejahen würde, wenn nicht pekuniäre Bagatellstrafen, sondern Freiheitsstrafen zur Diskussion stehen»).

II. Strafbefehle

Um zu verstehen, in welchem Ausmass das schweizerische Strafverfahren mit Blick auf Freiheitsstrafen von staatsanwaltschaftlicher Entscheidmacht («prosecutorial discretion»¹⁷) geprägt ist, hilft es, das Strafbefehlsverfahren in seiner gesetzlichen Regelung (1.) und praktischen Ausprägung (2.) genauer zu betrachten. Hier wird sich zeigen, dass ein sehr grosser Teil der Freiheitsstrafen in der Schweiz von Staatsanwältinnen verhängt wird. Sodann wird aufgezeigt, welche Änderungen die Revision (3.) der Strafprozessordnung für das Strafbefehlsverfahren gebracht hat.

1. Gesetz

Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie eine Busse, eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten für ausreichend hält (Art. 352 StPO¹⁸).¹⁹ Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers von 2007 musste ein Staatsanwalt den Beschuldigten nicht anhören, bevor er den Strafbefehl erlässt. Selbst dann nicht, wenn er eine unbedingte Freiheitsstrafe verhängt. Die Bestimmung im Entwurf, die die Staatsanwaltschaft verpflichtet hätte, Beschuldigte zumindest dann persönlich anzuhören, wenn gegen sie gemeinnützige Arbeit oder eine zu verbüssende Freiheitsstrafe ausgesprochen werden sollte, wurde vom Gesetzgeber diskussionslos gestrichen.²⁰ Dieser gesetzgeberische Entscheid war verfassungs- und konventionswidrig.²¹ Verfassungswidrige Gesetzesbestimmungen können in der Schweiz nur durch den Bundesgesetzgeber korrigiert werden, weil Bundesgesetze

17 Zur gleichen Diskussion in den USA: MISNER, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86 (1995-1996), S. 736 ff.

18 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0), Stand 1. Juli 2022.

19 DONATSCH/CAVEGN, *ZStrR* 126/2008, S. 161 f.; SCHMOCKER, *forum* poenale 2016, S. 291 ff.

20 Vgl. noch Art. 356 des Entwurfs zur Schweizerischen Strafprozessordnung; dazu BBl 2006 1389 ff., S. 1499; Sitzung des Ständerates vom 11. Dezember 2006, AB 2006 S 1048 ff.; Sitzung des Nationalrates vom 20. Juni 2007, AB 2007 N 1024 ff.; s.a. GERNY, *NZZ* Nr. 192 vom 21. August 2019, S. 12 und *NZZ* Nr. 99 vom 29. April 2023, S. 24; MELUNOVIC MARINI, *NZZ* Nr. 269 vom 19. November 2018, S. 13.

21 Zur Begründung THOMMEN, *Kurzer Prozess*, S. 78 ff.

nach Art. 190 BV «für das Bundesgericht [...] massgebend» und damit vor verfassungsgerichtlicher Korrektur immunisiert²² sind.²³ Hier lag jedoch insofern eine spezielle Situation vor, als es eine Norm, die für verfassungswidrig hätte erklärt werden können, gerade *nicht* gab, sondern das Parlament «lediglich» die verfassungskonforme Entwurfsbestimmung nicht ins Gesetz aufgenommen hat. De iure galten damit die Bestimmungen zum rechtlichen Gehör der Verfassung und Konvention uneingeschränkt weiter, de facto – das werden wir bei den empirischen Erhebungen sogleich (2.) noch im Detail aufzeigen – haben sich die Staatsanwaltschaften an die Vorgaben des Gesetzgebers gehalten und selbst bei drohenden Freiheitsstrafen die Beschuldigten nur in rund jedem siebten Fall vor Erlass des Strafbefehls persönlich angehört.²⁴ Unterdessen hat der Gesetzgeber die anhaltende Kritik aus der Lehre gehört. Art. 352a StPO, der am 1. Januar 2024 in Kraft getreten ist, verlangt zumindest bei drohenden Freiheitsstrafen eine zwingende Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft.²⁵

Der Strafbefehl enthält neben den üblichen Formalia (Beteiligte, Datum, Kosten, Unterschriften etc.) mindestens den angelasteten Sachverhalt, die dadurch erfüllten Straftatbestände, die Sanktion sowie den Hinweis auf die Einsprache (Art. 353 StPO). Strafbefehle müssen nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nicht mit einer Begründung versehen sein.²⁶ Bloss wenn

22 OFK BV²-BIAGGINI, Art. 190 N 7 mit Verweis auf die Botschaft («Bei der «Immunsierung» der Bundesgesetze stehen demokratische Erwägungen im Vordergrund [...], damit «sich die richterliche nicht über die gesetzgebende Gewalt erhebe») und N 10 ff.

23 BGE 148 II 392 E. 4.2.1 («... Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot [...] Das Bundesgericht kann in diesem Fall lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung anzupassen»). Immerhin anerkennt das Bundesgericht in BGE 147 IV 182 E. 2.1, dass «en cas de conflit, les normes du droit international qui lient la Suisse priment en principe celles du droit interne qui lui sont contraires». Völkerrechtswidrigen Normen des Landesrechts ist insbesondere dann die Anwendung zu verwehren, wenn «sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient», BGE 125 II 417 E. 4d. Daher folgert OFK BV²-BIAGGINI, Art. 190 N 16 überzeugend: «Konsequenterweise müsste das Bundesgericht somit EMRK-widrigen Bestimmungen in Bundesgesetzen stets die Anwendung versagen [...]; dies umso mehr, als das Bundesgericht ansonsten zur «blossen Durchlaufinstanz» auf dem Weg zum EGMR «degradiert» würde».

24 In 14% der Fälle mit unbedingten Freiheitsstrafen führt die Staatsanwaltschaft vor Erlass des Strafbefehls eine Einvernahme mit der beschuldigten Person durch, siehe dazu unten Ziff. II.2.

25 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.26 ff., s.a. unten Ziff. II.3.

26 In Art. 357 Abs. 1 lit. e des Entwurfs zur Schweizerischen Strafprozessordnung war noch eine Begründung des Strafmasses vorgesehen, BBl 2006 1389 ff., S. 1499; diese Begründungspflicht wurde vom Gesetzgeber diskussionslos gestrichen, Votum Ständerat Wicki, Sitzung des Ständerates vom 11. Dezember 2006, AB 2006 S 1050. LEUPOLD, BJM 2008, S. 248 («Gegenüber dem Entwurf wurden ausserdem die Anforderungen an die Begründung gelockert»); m.w.H. DAPHINOFF, S. 391 ff.

im Strafbefehl eine bedingte Strafe oder Entlassung zu widerrufen ist²⁷ oder eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgefällt wird, braucht es auch von Gesetzes wegen eine Begründung.²⁸ Diese gesetzliche Regelung zur eingeschränkten Begründungspflicht führt ebenfalls zu Konflikten mit der Verfassung und der Menschenrechtskonvention. Nach der Rechtsprechung ist jede Verfügung zu begründen.²⁹ Eine mündliche Begründung genügt auch, kommt aber – wie sogleich noch aufgezeigt wird – in der Praxis nur in zwei von hundert Fällen vor.³⁰

Die beschuldigte Person kann gegen den Strafbefehl innerhalb von zehn Tagen bei der Staatsanwaltschaft schriftlich Einsprache erheben.³¹ Ohne Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Wird Einsprache erhoben, so schreibt das Gesetz vor, dass die

27 Art. 353 Abs. 1 lit. f. StPO («Der Strafbefehl enthält [...] den kurz begründeten Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Sanktion oder einer bedingten Entlassung»).

28 Selbst diese Begründungspflicht ist nicht unumstritten. Zur Begründungspflicht überzeugend: BSK² StPO-RIKLIN, Art. 353 N 18 («So ist nach Art. 41 Abs. 2 StGB die Strafform der kurzen unbedingten Freiheitsstrafe näher zu begründen») und BOMMER, Hommage Gauch, S. 46 («... dass die Wahl einer Freiheitsstrafe, wo auch eine Geldstrafe möglich gewesen wäre, «näher zu begründen» ist (neu Art. 41 Abs. 2 StGB). Das gilt gerade auch für die grosse Masse der Strafbefehle, die sonst keine Begründung enthalten»); JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar⁴, Art. 353 N 7 f. sowie MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *Petit Commentaire*², Art. 353 N 10 stellen sich noch auf den Standpunkt, dass Art. 353 Abs. 1 lit. f StPO eine *lex specialis* und *posterior* zu Art. 41 Abs. 2 StGB sei und kurze Freiheitsstrafen in Strafbefehlen deshalb nicht zu begründen seien. Spätestens seit der Sanktionsrechtsnovelle durch das Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 (Änderungen des Sanktionenrechts), in Kraft seit dem 1. Januar 2018 (AS 2016 1249), in der der alte Art. 41 Abs. 2 StGB in der Version des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002, in Kraft seit 1. Januar 2007 (AS 2006 3459 3535; «Es hat diese Strafform näher zu begründen») vom Gesetzgeber neu formuliert wurde («Es hat die Wahl der Freiheitsstrafe näher zu begründen»), ist dem Argument des späteren Gesetzes der Boden entzogen. Der *speziellere* Art. 353 Abs. 1 lit. f StPO hingegen wurde bei der Revision der Strafprozessordnung unverändert gelassen, vgl. Änderung StPO vom 17. Juni 2022, S. 13, sodass auch dieses Argument nicht länger überzeugt.

29 BGE 129 I 232 E. 3.2 («Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entschiede zu begründen»). Urteil des EGMR [GC] 19867/12 vom 11. Juli 2017, *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), Ziff. 84 («The Court also reiterates that [...] judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based»).

30 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.33 f.; zur mündlichen Begründung von Strafbefehlen sogleich unten Ziff. II.2.

31 DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 126/2008, S. 161; in den umliegenden Ländern ist die Frist nicht ganz so kurz: ENESCU, *Journal of Legal Studies*, vol. 26, issue 40, 2020, S. 130 («After receiving a letter of penal order, a written objection must be filed within ten days by the accused, without a statement of grounds, a shorter period than 14 days in Germany. The French procedure provides the longest objection period, 30 days for contraventions, and 45 days for misdemeanors»); in Österreich beträgt die Einsprachefrist gegen eine Strafverfügung 4 Wochen (Art. 491 Ziff. 6 Ö-StPO).

Staatsanwaltschaft zunächst die weiteren Beweise abzunehmen hat, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind (Art. 355 Abs. 1 StPO). Gemeint ist damit primär die Einvernahme der beschuldigten Person.³² Falls sie nicht schon vor dem Erlass des Strafbefehls angehört wurde, muss sie spätestens nach der Einsprache erstmals von der Staatsanwaltschaft angehört werden.³³

Wenn Einsprache erhoben wird, hat die Staatsanwaltschaft vier Optionen. Sie entscheidet, ob sie am Strafbefehl festhält (1.), das Verfahren einstellt (2.), einen neuen Strafbefehl erlässt (3.) oder Anklage (4.) beim erstinstanzlichen Gericht erhebt (Art. 355 StPO).³⁴ Im ersten Fall (Festhalten) und im letzten Fall (Anklage) muss sich das Gericht mit dem Fall befassen und über Schuld und Sanktion befinden (Art. 356 StPO).³⁵ Problematisch an der Anklageerhebung kann sein, dass die Staatsanwaltschaft dann nicht mehr an die im Strafbefehlsverfahren geltenden Maximalstrafen gebunden ist.³⁶ Fragen wirft auch die zweite Option auf, das Verfahren einzustellen. Wenn das Verfahren (erst) nach erfolgter Einsprache eingestellt wird, kann beim Beschuldigten das

32 JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar⁴, Art. 355 N 1; DAPHINOFF, S. 642 («Dabei kann es sich z.B. um die Einvernahme der beschuldigten Person oder eines bisher noch nicht angehörten Zeugen handeln»).

33 Z.R. krit. Botschaft StPO/2019, S. 6716 f. («Zwar könnte sich die beschuldigte Person ihr rechtliches Gehör an sich auch so verschaffen, dass sie gegen den Strafbefehl Einsprache erhebt. Dadurch wird die Staatsanwaltschaft zur Einvernahme der beschuldigten Person verpflichtet. Allerdings ist dieser Weg zu einer Einvernahme nicht gleichwertig zu einer gesetzlich vorgesehenen Einvernahmepflicht. Zum einen dient die Möglichkeit der Einsprache nicht dazu, nachträglich Verfahrensgrundrechte wie zum Beispiel das rechtliche Gehör einzufordern, sondern sich gegen einen im Schuld- oder Bestrafungspunkt unangebrachten Strafbefehl zu wehren. Ausserdem müssen Verfahrensrechte von Amtes wegen gewährt werden»).

34 BGE 145 IV 438 E. 1.3.1; THOMMEN/DIETHELM, ZStR 133/2015, S. 148 («Die Einsprache bewirkt also gerade nicht die automatische Einleitung eines Gerichtsverfahrens, sondern zunächst eine Rückweisung der Sache an den Staatsanwalt»); R. MÜLLER, SJZ 2022, S. 992 («Soweit die Staatsanwaltschaft nach Einsprache am Strafbefehl festhält (Art. 355 Abs. 3 lit. A) oder einen neuen Strafbefehl erlässt (lit. C), ist weiterhin nach dem Strafbefehlsverfahren vorzugehen»).

35 Zum Ablauf vgl. THOMMEN, Upgrade, Slide 8 ff.; DONATSCH, forum poenale 2017, S. 165 ff.; übermässig vereinfachend indes SCHRÖDER, BJM 2015, S. 79 («Das verurteilende Erkenntnis der Staatsanwaltschaft steht unter dem Vorbehalt, dass der Beschuldigte sich dem Urteilspruch unterzieht. Will er dies nicht, kann er mit einfacher Erklärung die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangen. Der Strafbefehl hat also eine Doppelfunktion: er ist entweder Anklageersatz im Falle einer Einsprache (Art. 356 Abs. 1 Satz 2 StPO) oder er wird zum rechtskräftigen Urteil beim Verzicht auf eine Einsprache (Art. 354 Abs. 3 StPO) bzw. beim Rückzug derselben»).

36 BGE 149 IV 50 E. 1.2 («Namentlich ist sie verpflichtet, Anklage zu erheben, wenn sie aufgrund der abgenommenen Beweise zum Schluss gelangt, dass die Angelegenheit nicht mehr im Strafbefehlsverfahren erledigt werden kann»); Kritik zu diesem Entscheid unten bei Fn. 216 f.

Gefühl entstehen, dass die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl zunächst versuchsweise erlassen hat, um zu sehen, ob er ihn akzeptiert, dann aber nach seiner Einsprache eingeknickt ist und das Verfahren eingestellt hat (sog. *Versuchsballon-Problematik*).³⁷ Hier muss differenziert werden. Es gibt Fälle, in denen die Verfahrenseinstellung nach Einsprache ohne Weiteres nachvollziehbar ist, z.B. wenn die Privatklägerin ihren Strafantrag zurückzieht. Es gibt aber auch die problematischen Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft die Einsprache ohne weitere Beweiserhebungen direkt einstellt. Ebenso problembehaftet sind die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft zunächst einen Strafbefehl erlässt, ohne vorher eine eigene Einvernahme mit der beschuldigten Person zu machen, dann aber nach der Einsprache eine Einvernahme macht, die sie dazu veranlasst, das Verfahren einzustellen. Hier kann die Beschuldigte zu Recht einwenden, dass sie ohne ihre Intervention verurteilt geblieben wäre. Es ist nicht ihre Aufgabe, sich ihre Anhörung über eine Einsprache zu erkämpfen.³⁸ Auch der Erlass eines neuen Strafbefehls kann heikel sein. Wenn nach einer Einsprache ein neuer Strafbefehl erlassen wird, *muss* dieser eine neue rechtliche Würdigung oder eine höhere oder tiefere Strafe enthalten.³⁹ Solche Modifikationen sind aber nur bei geänderter Sach- oder Rechtslage zulässig. Hierzu nimmt die *«Staatsanwaltschaft die weiteren Beweise ab»* (Art. 355 Abs. 1 StPO). *«Eine blosser Neubeurteilung der Sanktion bei unverändertem Sachverhalt ist nicht zulässig.»*⁴⁰ Selbst wenn Beweiserhebungen eine veränderte Sachlage ergeben, stellt sich noch die Frage, ob eine *reformatio in peius* zulässig ist. Das Bundesgericht bejaht dies ohne weitere Begründung.⁴¹

37 Dazu THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 124 f.; THOMMEN/DIETHELM, ZStrR 133/2015, S. 157 f.

38 THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 79 (*«[D]er Beschuldigte [muss] seine Anhörung dadurch erzwingen, dass er Einsprache erhebt. Damit wird der Rechtsbehelf der Einsprache zweckentfremdet. Er dient dazu, sich gegen einen im Schuld- oder Bestrafungspunkt unangebrachten Strafbefehl zu wehren. Zweck der Einsprache ist nicht die nachträgliche Einforderung von Verfahrensgrundrechten, für deren Einhaltung die Strafbehörden zu sorgen haben ... Nach dem Konzept der Strafprozessordnung ist der Anspruch auf Anhörung nicht eine Holschuld des Beschuldigten. Die Strafbehörden haben allen Verfahrensbeteiligten das rechtliche Gehör (zu gewähren). Es handelt sich somit um eine Bringeschuld der Strafbehörden»*); BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 15 (*«Untätigkeit geht zu Lasten der beschuldigten Person. [...] Auch der verfassungs- und konventionsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ist im Strafbefehlsverfahren in vielen Fällen eine Holschuld der beschuldigten Person»*).

39 BGE 145 IV 438 E. 1.3.2 (*«Der Erlass eines zweiten, inhaltlich gleichlautenden Strafbefehls ist gesetzlich hingegen nicht vorgesehen und daher nicht zulässig»*).

40 BGE 145 IV 438 E. 1.3.3.

41 BGE 149 IV 50 E. 1.1.2 (*«In all diesen Fällen ist die Staatsanwaltschaft nicht an ihren ursprünglichen Strafbefehl gebunden und gilt das Verbot der reformatio in peius nicht»*); s.a. DAPHINOFF, S. 563 (*«Das Gebot der reformatio in peius gilt im Übrigen auch nicht in Bezug auf die Staatsanwaltschaft»*).

Richtigerweise darf eine Schlechterstellung nur erfolgen, wenn die neu erhobenen Tatsachen der Staatsanwaltschaft vor dem ersten Strafbefehlserlass nicht bekannt sein konnten (Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO).⁴² *«Umgekehrt formuliert soll die unzureichende Ermittlung des Staatsanwalts dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen.»*⁴³

Strafbefehlsverfahren wurden in der Schweiz bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eingeführt.⁴⁴ Auf Bundesebene waren sie auf Fiskal- und Polizeivergehen beschränkt.⁴⁵ In den Kantonen dienten sie zunächst der Aburteilung von Bagatellen. Trotzdem mussten Gerichte über die Strafe befinden. Zürich war 1919 der erste Kanton, der einen rein staatsanwalt-schaftlichen Strafbefehl einführte.⁴⁶ Schon damals war man sich der rechts-staatlichen Problematik dieser Massnahme bewusst: Wer der Staatsanwältin eine richterliche Funktion einräumt, führt die Personalunion von Unter-suchung und Aburteilung wieder ein, die für den Inquisitionsprozess eben-so charakteristisch wie fatal war.⁴⁷ Die Gewaltenteilung im Strafverfahren – und damit eine der wichtigsten Errungenschaften⁴⁸ des reformierten Straf-

42 Diese Voraussetzung war in BGE 149 IV 50 gerade nicht gegeben, da die Staatsanwalt-schaft das Gutachten zur Messgenauigkeit bereits vor dem Erlass des Strafbefehls hätte einholen können.

43 Zitat und weitere Argumente bei THOMMEN/DIETHELM, ZStrR 133/2015, S. 151 ff.

44 Zur Geschichte des Strafbefehlsverfahrens vgl. SCHWITTER, S. 84 ff. und ENESCU, Journal of Legal Studies, vol. 26, issue 40, 2020, S. 125 ff.

45 STÄMPFLI, ZStrR 43/1929, S. 131 (*«Dieses Strafverfügungsverfahren ist schon durch das Bundesgesetz betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Übertretungen vom 30. Juni 1849 (FStP) in das Bundesrecht eingeführt worden»*); THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 46 ff.

46 §§ 317-327 Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4. Mai 1919/ Kanton Zürich, OS 31, S. 327 ff., S. 377; ALTORFER, S. 33 (*«Zürich schloss sich relativ spät, im Jahr 1919, dem neuen Strafbefehlsverfahren an (§§ 317-326 StPO vom Jahre 1919). Im Gegensatz zu allen bisher in der Schweiz eingeführten Strafbefehlsverfahren wurde hier von Anfang an der Bezirksanwalt als Verwaltungsbeamter mit der Funktion des Strafbefehlsrichters betraut»*); THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 25 ff. (*«Mit dem Inkrafttreten der vereinheitlichten Prozessordnungen wurde dieses ursprünglich zürcherische zum gesamtschweizerischen System»*).

47 TRECHSEL/SUMMERS, S. 66 f. (*«[O]ne of the important developments of criminal procedure after the inquisition was the separation of duties of accusation and adjudication»*); WOHLERS, ZStrR 138/2020, S. 241 (*«Die Rollen des Ermittlers, des Anklägers und des Entscheiders, die im reformierten Strafprozess gerade getrennt werden sollten, weil man aus dem Beispiel des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses weiss, dass die Verbindung dieser Rollen den Inquisitor überfordert hat, sind im modernen schweizerischen Strafverfahren tatsächlich wieder zusammengewachsen – in der Person des Staatsanwalts»*).

48 SCHUBARTH, Zurück zum Grossinquisitor?, S. 528 (*«Darin liegt eine der grundlegenden Errungenschaften des reformierten Strafprozesses: die strikte Trennung von Untersuchs- und Urteilsinstanz»*).

prozesses⁴⁹ – stand so wenige Jahre nach ihrer Einführung wieder auf dem Prüfstand. Die Einführung einer *staatsanwaltschaftlichen* Strafbefehlskompetenz wurde im Kanton Zürich 1919 mit dem Versprechen verbunden, dass niemals Freiheitsstrafen in Strafbefehlen ausgefällt werden würden.⁵⁰ Bereits 1935 mochte sich der kantonale Gesetzgeber nicht mehr an dieses Versprechen erinnern und räumte den Bezirksanwälten die Befugnis ein, Freiheitsstrafen in Strafbefehlen zu verhängen.⁵¹

Bei der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 war das Strafbefehlsverfahren weitgehend unbestritten.⁵² Seine Effizienz wurde gepriesen.⁵³ Nur vereinzelt wurde die Machtfülle der Staatsanwaltschaft kritisiert.⁵⁴ Einig war man sich insbesondere auch darin, dass Staatsanwältinnen Freiheitsstrafen in Strafbefehlen sollen ausfallen können.⁵⁵

49 I. MÜLLER, *Leviathan*, vol. 5, no. 4, 1977, S. 524 («... der (reformierte) Strafprozess [...] wurde auch Anklageprozess genannt, weil er die Funktion von Anklage und Urteilspruch auf verschiedene Institutionen überträgt und so erst eine Verteidigung und Kontrolle des Verfahrens ermöglicht»); zur Entwicklung des reformierten Strafprozesses i.A. SCHMIDT, Einführung³, §§ 284 ff., §§ 324 ff.

50 Kommissionspräsident Hans Sträuli, Sitzung vom 26. November 1917, Protokoll des Kantonsrates für die Amtsperiode 1917-1920, I. Band (1917/1918 und 1918/1919), Zürich 1920, S. 241 und S. 243 ff. («Wo ein Vergehen im Gesetze mit Gefängnis oder Zuchthaus bedroht ist, kann das Verfahren auf Strafbefehl nicht eintreten»); vgl. § 317 Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) des Kantons Zürich, ursprüngliche Fassung vom 4. Mai 1919, OS 31, S. 327 ff., S. 377 f. («Bei Vergehen, auf welche das Strafgesetz keine höhere Strafe als Busse oder Busse wahlweise neben Gefängnis androht, erlässt der Bezirksanwalt an Stelle der Anklage einen Strafbefehl, wenn er eine Busse von höchstens Fr. 50.- für ausreichend erachtet und der Angeschuldigte den Sachverhalt eingestanden hat»).

51 § 317 Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4. Mai 1919, in der Version vom 7. April 1935, OS 35, S. 482 ff. («Bei Vergehen, auf welche das Strafgesetz keine höhere Strafe als Busse oder Busse wahlweise neben Gefängnis androht, erlässt der Bezirksanwalt an Stelle der Anklage einen Strafbefehl, wenn er eine Busse von höchstens Fr. 100.- oder eine Gefängnisstrafe von höchstens fünf Tagen für ausreichend erachtet und der Angeschuldigte den Sachverhalt eingestanden hat»).

52 Botschaft StPO/2005, S. 1289 («Zweifellos gehört diese Verfahrensart vor allem mit Blick auf die dadurch erzielte Verfahrensbeschleunigung in Fällen leichter Kriminalität in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung»).

53 Votum Ständerat Wicki, Sitzung des Ständerates vom 11. Dezember 2006, AB 2006 S 1048 («Mit dieser Verfahrensart wird eine Verfahrensbeschleunigung in Fällen leichter Kriminalität erzielt; und es ist richtig, dass diese Verfahrensart auch in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung aufgenommen wird»).

54 Deutlich: SCHUBARTH, Zurück zum Grossinquisitor?, S. 528 («Die angesprochene rechtsstaatliche Problematik verschärft sich, wenn die funktionale Zuständigkeit zum Erlass des Strafbefehls nicht beim Richter liegt, sondern beim Staatsanwalt oder abstrakt bei der untersuchenden Behörde. Denn Strafurteile sollten im Rechtsstaat grundsätzlich vom Richter gefällt werden und nicht von der untersuchenden Behörde»).

55 Vgl. die im Folgenden nicht umstrittenen Erläuterungen zur Strafbefehlskompetenz der Staatsanwälte, Votum Ständerat Wicki, Sitzung des Ständerates vom 6. Dezember

In der Vernehmlassung forderten sieben Kantone sogar, die Strafbefehlskompetenz, in Anlehnung an die damalige Regelung im Kanton Genf,⁵⁶ auf ein Jahr Freiheitsstrafe zu erhöhen.⁵⁷

Strafbefehlsverfahren werden in der Schweiz mehrheitlich für konventionskonform gehalten, weil dem Adressaten der Weg an ein unabhängiges Gericht offenstehe.⁵⁸ Ob das Strafbefehlsverfahren *generell* mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar ist, wird im vorliegenden Beitrag offengelassen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt: «[I]t is legitimate for the national authorities to have regard to the demands of

2006, AB 2006 S 983 («Der Vereinfachung von Verfahren dient auch das Strafbefehlsverfahren. Im Wesentlichen können Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten durch einen Urteilsvorschlag der Staatsanwaltschaft als Strafbefehl ausgesprochen werden. Verlangt die beschuldigte Person keine gerichtliche Beurteilung, so wird der Strafbefehl zum vollstreckbaren Strafurteil. Gegenüber den kantonalen Regelungen wird die Grenze für die Beurteilung im Strafbefehlsverfahren erhöht»); in der Vernehmlassung sprachen sich 15 Kantone, vier Parteien und fünf Polizeiverbände für eine Strafbefehlskompetenz von sechs Monaten Freiheitsstrafe aus, Vernehmlassung StPO 2003, S. 79.

56 Art. 218 Code de procédure pénale de la République et Canton de Genève (CPP/GE) du 29 septembre 1977, am 31. Dezember 2010 geltende Version («Une ordonnance de condamnation peut être prononcée [...] aux conditions suivantes: [...] la peine privative de liberté, la peine pécuniaire et le travail d'intérêt général ne dépassent pas 360 unités journalières»).

57 Vernehmlassung StPO 2003, S. 80 (Kantone: AR, AI, GL, SH, VS, ZG, ZH).

58 Bereits TRECHSEL, JR 1981, S. 137 («Das Strafbefehlsverfahren verletzt als solches Art. 6 EMRK nicht»); DONATSCH, ZStrR 112/1994, S. 324 («Das Recht, über den Vorwurf strafbaren Verhaltens einen Richter im ordentlichen Verfahren entscheiden zu lassen, ist bei dieser Betrachtungsweise (nur) deshalb gewahrt, weil es im Belieben des Angeschuldigten steht, genau dies mit der Einsprache zu verlangen. Die Zulässigkeit der genannten Verfahren lässt sich mit anderen Worten nur damit begründen, dass auf Einsprache hin ein Richter mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unter Beachtung der für das Strafverfahren geltenden Mindestrechte über den erhobenen Vorwurf entscheidet»); R. MÜLLER, SJZ 2022, S. 994 («Der Strafbefehl wird als konform zu Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht) angesehen, wenn er als ein Urteilsvorschlag, verstanden wird, der unter dem Vorbehalt einer Einsprache steht»); diff. BISCHOFBERGER, S. 54 ff., wonach Strafbefehle bei Übertretungen unbedenklich, bei Verbrechen und Vergehen indes konventionswidrig seien; RIKLIN, ZStrR 132/2014, S. 258 («Allgemein geht man zwar davon aus, dass ein Strafbefehl nicht EMRK-widrig ist, wenn die Möglichkeit besteht, mit einer Einsprache die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens zu erreichen. Fraglich ist, ob Strassburg das bejahen würde, wenn nicht pekuniäre Bagatellstrafen, sondern Freiheitsstrafen zur Diskussion stehen und man die nachstehend beschriebenen schweizerischen Rahmenbedingungen bei Strafbefehlsverfahren betrachtet»); krit. BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 12 ff. und N 25 («Alles in allem kratzen viele Argumente an der EMRK- und Verfassungskonformität des Strafbefehlsverfahrens. Während die einzelnen Einwände für sich genommen noch aufgewogen werden können durch die beschuldigtenfreundliche Ausgestaltung der Einsprache und der damit verbundenen Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung, sind sie in der Summe bedenklich und ergeben eine rechtsstaatlich problematische Mischung.»).

efficiency and economy.»⁵⁹ Für Massendelikte z.B. im Bereich des Strassenverkehrs, werden Abstriche bei den Anforderungen an die Fairness des Verfahrens zugelassen.⁶⁰ Im vorliegenden Beitrag interessiert vielmehr die *spezielle* Frage, ob Freiheitsstrafen in Strafbefehlen ausgefällt werden dürfen.⁶¹

2. Praxis

Die Strafprozessordnung stattet die Staatsanwälte somit mit ausserordentlich weiten Entscheidbefugnissen aus. Dass sie nicht nur *de iure*, sondern auch *de facto* mächtig sind, illustrieren die folgenden Zahlen:⁶² In der Schweiz erfolgen über 90% aller Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen in Strafbefehlen.⁶³ Wenn man die Übertretungen einrechnet, sind es beinahe

59 Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finland*, Ziff. 42 betreffend ein «tax-surcharge proceeding».

60 Urteil des EGMR 57655/08 vom 17. Mai 2011, *Suhadolc v. Slovenia*, betreffend Summaryverfahren für Strassenverkehrdelikte; s.a. Urteil des EGMR 1385/07 vom 15. Mai 2018, *Sancaklı v. Turkey*, Ziff. 45, betreffend eine Verwaltungsbusse für einen Hotelbesitzer, der seine Räumlichkeiten für Prostitutionszwecke gebraucht hat; THOMMEN/PAYER, Kartellverfahren als Strafverfahren, Rn. 175 («Nach der Öztürk-Rechtsprechung ist ein Gerichtsentscheid somit unter den kumulativen Voraussetzungen entbehrlich, dass es um die Aburteilung erstens geringfügiger Straftaten geht, die zweitens in grosser Zahl vorkommen und die – was der Verweis auf das Strassenverkehrsrecht zeigt – drittens deshalb keiner gerichtlichen Einzelfallbewertung bedürfen, weil sie nach Art eines Tarifs sanktioniert werden können. Hinzu kommt viertens, dass Ordnungsbussen kein relevantes Stigma anhaftet»).

61 TRECHSEL gegen die Ausfällung von Freiheitsstrafen in Strafbefehlen, in: *Hearings StPO/1998*, S. 21f.; vgl. aber noch TRECHSEL, Menschenrechtskonvention, S. 292; TRECHSEL, JR 1981, S. 137 («Von praktischer Bedeutung könnte vor allem sein, ob in diesem summarischen Verfahren auch Freiheitsstrafen ausgefällt werden können»); SCHELLENBERG, NStZ 1994, S. 570; IntKomm EMRK-VOGLER, Art. 6 N 243; HAACK, S. 42 ff.; eingehend MALEIKA, S. 185 ff.

62 Die empirischen Angaben zum Strafbefehlsverfahren in diesem Beitrag entstammen – soweit nicht anders referenziert – unserem Nationalfondsprojekt «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren», vgl. oben Zahlen & Fakten.

63 Vgl. THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.8 («Die Studie hat die seit Langem gehegte Vermutung bestätigt, dass über 90% der Verbrechen und Vergehen mit Strafbefehl abgeurteilt werden»); ALBRECHT, ZStrR 131/2013, S. 393 («In über 90% der nicht eingestellten Verfahren wird durch die Staatsanwaltschaften ein Strafbefehl erlassen. Deshalb stellen heute die Strafbefehlsverfahren die Regel dar, während die ordentlichen Verfahren die Ausnahme bilden»); BERGER/SCHORNO, Anwaltsrevue 2019, S. 490 («Es gilt zu betonen, dass in der Schweiz weit über 90 Prozent aller Strafverfahren, die nicht eingestellt werden, per Strafbefehl erledigt werden»); VEST, ZBJV 2016, S. 402 («Faktisch ergehen ca. 95 Prozent aller Urteile in nachgerade klassisch inquisitorischer Manier in Form des Strafbefehls»); NOSETTI-KAUFMANN, ZStrR 138/2020, S. 248.

100% aller Verurteilungen.⁶⁴ Nur gegen 12% aller Strafbefehle, die Verbrechen und Vergehen abhandeln, wird Einsprache erhoben.⁶⁵ Wenn man die Übertretungen einbezieht,⁶⁶ liegt die Einsprachequote teilweise unter 5%.⁶⁷ Von diesen Einsprachen wird mindestens ein Drittel wieder zurückgezogen.⁶⁸ Angesichts dieser Quoten ist es bereits faktisch unzutreffend, einen Strafbefehl als blossen «*Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung der Strafsache*»⁶⁹, «*Urteilstvorschlag*»⁷⁰, «*Dispositivofferte*»⁷¹ oder «*condamnation conditionnelle*»⁷² zu bezeichnen. Strafbefehle sind mehr als ein «*netter Vorschlag*».⁷³

Nach der Einsprache hat die Staatsanwaltschaft, wie erwähnt, die in Art. 355 StPO genannten vier Optionen (1. Festhalten, 2. Einstellen, 3. Neuer Strafbefehl, 4. Anklage). In den von uns untersuchten Kantonen (BE, NE, SG,

64 HANSJAKOB, forumpoenale 2014, S. 160 («*Der Anteil der Strafverfahren, die letztlich vor Gericht abgeschlossen werden, liegt also bei bloss etwa 1% aller Anzeigen; knapp 99% der Verfahren werden bereits von der Staatsanwaltschaft erledigt*»); insgesamt wurden im Jahr 2022 im Kanton Zürich 15'365 Strafbefehle erlassen, was 42 Strafbefehlen pro Tag entspricht (BAUMGARTNER/PFÄNDLER, NZZ Nr. 98 vom 28. April 2023, S. 11; GERNY, NZZ Nr. 99 vom 29. April 2023, S. 24).

65 Vgl. THOMMEN, Upgrade, Slide 12; GRODECKI, forumpoenale 2016, S. 218, weist für den Kanton Genf eine Einsprachequote von etwa 15% für Strafbefehle betreffend Verbrechen und Vergehen aus.

66 Alleine die Statthalterämter des Kantons Zürich haben im Jahr 2023 knapp 74'000 Übertretungsstrafverfahren (vgl. § 89 Abs. 1 GOG/ZH) behandelt und rund 61'000 Strafverfügungen erlassen. Diese Zahlen hat uns Statthalterin lic. iur. Catherine Nägeli Diethelm, Präsidentin des Bezirksrats Andelfingen/ZH, mit Schreiben vom 4. Juni 2024 zur Verfügung gestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist.

67 HANSJAKOB, forumpoenale 2014, S. 162, weist für den Kanton St. Gallen eine gesamthafte Einsprachequote von 4,21% aus; OEHEIN, S. 98 f. («*Nur in geschätzt fünf Prozent aller Fälle, die mittels Strafbefehl erledigt werden, erfolgt eine Einsprache. Rund die Hälfte dieser Einsprachen wird wieder zurückgezogen*»). Das Stadtrichteramt Winterthur hat in seinen «*Verzeigungsfällen*» (§ 89 Abs. 2 und 3 GOG/ZH) zwischen 2014 und 2023 jährlich durchschnittlich 12'300 Strafbefehle erlassen, die Einsprachequote lag im Jahresdurchschnitt bei 5,4%. Von diesen wurden wiederum rund die Hälfte (48,3%) zurückgezogen. Diese Zahlen haben uns die Leitende StadtrichterIn von Winterthur, lic. iur. Sylvia Huber, EBMA HSG und der stellvertretende Amtsleiter Peter Giger mit Schreiben vom 26. Juni 2024 zur Verfügung gestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist.

68 Wir haben in unserem Projekt, das auf Verbrechen und Vergehen eingeschränkt war, eine Rückzugsquote von 36% nachgewiesen, vgl. THOMMEN, Upgrade, Slide 28; HANSJAKOB, forumpoenale 2014, S. 162, der für St. Gallen auch noch die Übertretungen untersucht hat, kam auf eine Quote von 47,6% zurückgezogener Einsprachen.

69 BGE 147 IV 518 E. 3.1.

70 DAPHINOFF, S. 31 m.w.H.; BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 2.

71 DONATSCH, ZStrR 112/1994, S. 324.

72 PITTELOUD, S. 660; s.a. LÄMMLI, S. 26, wonach die rechtskräftige Strafverfügung ein *Urteil*, die noch nicht rechtskräftige ein *bedingtes Urteil* sei.

73 In Anlehnung an RIEDO/FIOLKA, forumpoenale 2011, S. 156 ff.; s.a. THOMMEN/DIETHELM, ZStrR 133/2015, S. 150.

ZH) hält sie in 28% der Fälle am Strafbefehl fest und überweist ihn als Anklage an das Gericht. In 10% der Fälle wird das Verfahren nach Einsprache eingestellt. In rund einem Viertel (23%) der Fälle wird ein neuer Strafbefehl erlassen und in 3% der Fälle Anklage erhoben. In den restlichen 36% der Fälle wird die Einsprache wieder zurückgezogen.⁷⁴ Oben wurde bereits erwähnt, dass insbesondere die Option, das Verfahren einzustellen, dann problematisch ist, wenn die Einstellung ohne jegliche weiteren Beweiserhebungen erfolgt. Wie oft solche «Versuchsbällone» in der Praxis vorkommen, wird derzeit noch untersucht.⁷⁵

Deutlich über neun von zehn Strafbefehlen erwachsen ohne Beteiligung von Gerichten in Rechtskraft. Es rechtfertigt sich deshalb, Strafbefehle als *Urteile* von Staatsanwälten zu bezeichnen.⁷⁶ Diese Einschätzung bestätigt auch ein Blick ins ordentliche Verfahren: Nur weil Urteile erstinstanzlicher Strafgerichte über die Berufung obergerichtlicher Überprüfung zugeführt werden können, bezeichnet diese niemand ernsthaft als blosse Urteilsvorschläge.⁷⁷ Dass Strafbefehle nur selten an Gerichte weitergezogen werden, ist auch deshalb erstaunlich, weil empirische Untersuchungen von DAVID ESCHLE im Kanton St. Gallen nahelegen, dass die Freiheitsstrafen im Gerichtsverfahren in aller Regel milder ausfallen.⁷⁸

74 THOMMEN, Upgrade, Slide 28 ff.

75 DAVID ESCHLE, der in unserem Nationalfondsprojekt die Datenerhebung geleitet hat, untersucht in seiner Dissertation die prozessdogmatischen Einwände, die gegen «Versuchsbällone» sprechen, sowie deren empirische Prävalenz im Detail.

76 ALBRECHT, AJP 2004, S. 900 («Der Strafbefehl sei bloss ein bedingtes Urteil oder gar eine Offerte, die man annehmen oder ablehnen könne. Eine solche Argumentation mag zwar in der Theorie richtig sein; sie erweist sich indessen in der Praxis als ausserordentlich problematisch»); SCHMOCKER, *forum poenale* 2016, S. 296 («... angesichts der bekanntermassen sehr geringen Einsprachequoten tragen die strafbefehlserlassenden Staatsanwälte gleichwohl de facto die Urteilsverantwortung»); THOMMEN, *Penal Orders and Abbreviated Proceedings*, Ziff. IV. («... the investigating person de facto passes the verdict»); DAPHINOFF, S. 27 («Der Strafbefehl zählt zu den Urteilen im weiteren Sinne, wobei nur dem rechtskräftigen Strafbefehl Urteilsqualität zukommt. Vor Eintritt der Rechtskraft ist der Strafbefehl kein eigentliches Urteil, sondern lediglich ein Urteilsvorschlag bzw. ein suspensiv bedingtes Urteil. Erst mit dem unbenutzten Ablauf der Einsprachefrist wird der Strafbefehl zum Urteil. Gemäss Gesetzeswortlaut wird der Strafbefehl nicht einem Urteil gleichgestellt, er wird vielmehr selbst zum Urteil»).

77 Vgl. aber immerhin DURI BONIN in seinem Podcast «Auf dem Weg als Anwalt:in», #375 Inside Beat Stocker: Das Warten auf das Urteil und die Urteileröffnung vom 7. Juni 2022, ab 5 min 20 sec, der das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich als blossen «Vorschlag» bezeichnet.

78 THOMMEN/ESCHLE, *empirische Rechtsforschung*, S. 15 («Die Untersuchung der 50 Strafbefehle und der nachfolgenden Gerichtsurteile aus dem Kanton St. Gallen legt nahe, dass sich Beschuldigte nicht vor einer höheren Strafe fürchten müssen, wenn ihr Fall an ein Gericht überwiesen wird. Im Gegenteil: Die Beschuldigten scheinen nach den Gerichtsverfahren durchschnittlich besser dazustehen»).

Lediglich jeder zehnte Beschuldigte, der mit einem Strafbefehl abgeurteilt wird, hat einen Strafverteidiger zur Seite.⁷⁹ Selbst wenn eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgefällt wird, liegt diese Verteidigungsquote nur unwesentlich höher (12%). Sieben von zehn Strafbefehlen ergehen ohne jegliche Begründung. Selbst dort, wo das Gesetz eine Begründung vorschreibt, z.B. beim Widerruf von bedingten Strafen (Art. 353 Abs. 1 lit. f. StPO) oder bei der Anordnung von unbedingten Freiheitsstrafen (Art. 41 Abs. 2 StGB),⁸⁰ ergeht ein Drittel der Strafbefehle ohne Begründung.⁸¹ Bei einer persönlichen Eröffnung hätte die Staatsanwältin die Gelegenheit, den Strafbefehl zumindest mündlich zu erläutern. Eine solche direkte Übergabe des Strafbefehls konnten wir nur in 2% der untersuchten Fälle nachweisen.⁸²

Die Macht der Staatsanwälte zeigt sich am eindrücklichsten bei der Ausfällung von Freiheitsstrafen: Rund 75% aller unbedingten Freiheitsstrafen in der Schweiz⁸³ werden von der Staatsanwaltschaft angeordnet.⁸⁴ Diese Zahl hat

79 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.9 («In Strafbefehlsverfahren sind 92% der Beschuldigten nicht anwaltlich vertreten. 6,5% haben eine erbetene Verteidigung, 1,5% eine amtliche. In 41% dieser Fälle kommt die Verteidigung erst mit oder nach der Einsprache ins Verfahren»); THOMMEN, Upgrade, Slide 35. Diese tiefen Verteidigungsquoten haben wir auch für das Bundesstrafverfahren nachgewiesen: AB-BA, Inspektion 2021/2022, S. 5 («Nur eine von zehn beschuldigten Personen in Bundesstrafverfahren ist verteidigt. Wenn eine Verteidigung engagiert ist, ist sie dreimal häufiger erbeten (9,1%) als amtlich (2,8%)»).

80 Zur Begründungspflicht vgl. oben II.1.

81 THOMMEN, Penal Orders and Abbreviated Proceedings, Ziff. II.2 («Practice shows that [...] 70 per cent of penal orders are issued without giving any reasons. In 36 per cent of the cases, even the mandatory statement of reasons is missing»).

82 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.33 f.

83 Für den Kanton Zürich konnten wir die Erkenntnisse aus unserem Strafbefehlsprojekt mit Zahlen aus dem Amt für Justizvollzug abgleichen: Im Jahr 2022 wurden im Kanton Zürich 1'145 unbedingt ausgesprochene Freiheitsstrafen vollzogen. Von diesen wurden 313 (27%) durch Gerichte des Kantons Zürich in Urteilen verhängt und 832 (73%) durch Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich in Strafbefehlen. Diese Zahlen bestätigen unsere Berechnung, dass drei Viertel aller vollzogenen Freiheitsstrafen auf Strafbefehle zurückgehen. Zu präzisieren ist noch, dass sich diese Zahlen erstens nur auf Freiheitsstrafen beziehen, die von Gerichten und Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich ausgefällt wurden. Die in Fn. 134 erwähnten 908 in Strafbefehlen ausgefallten unbedingten Freiheitsstrafen betreffen alle 2022 im Kanton Zürich vollzogenen Freiheitsstrafen, auch solche, die von ausserkantonalen Staatsanwaltschaften verhängt wurden. Zweitens geht es nur um Freiheitsstrafen, die entweder im Rahmen des ordentlichen Vollzugs in einem Gefängnis oder in der alternativen Vollzugsform der Halbgefängenschaft vollzogen wurden. Nicht in diesen Zahlen enthalten sind die Vollzüge in Form von Frontdoor Electronic Monitoring sowie gemeinnütziger Arbeit. Diese Zahlen hat uns RA lic. iur. Isabel Kramer, Abteilungsleiterin, Bewährungs- und Vollzugsdienste, Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, mit Schreiben vom 2. Februar 2024 zur Verfügung gestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist.

84 Wenn man nur die kurzen, unbedingten Freiheitsstrafen bis sechs Monate betrachtet, sind es sogar 93%.

auch international in Fachkreisen für Aufsehen und Unverständnis gesorgt.⁸⁵ Auf den Punkt gebracht bedeutet sie, dass Freiheitsstrafen in der Schweiz zu bedeutenden Teilen in den Händen der Staatsanwaltschaften sind. Drei von vier Personen, die in der Schweiz in den freiheitsentziehenden Strafvollzug kommen, sehen keine Richter. Wir gehen davon aus, dass die Quote mit grosser Wahrscheinlichkeit noch deutlich höher ist als 75%,⁸⁶ da wir in unseren Erhebungen nur das Strafverfahren bis zur rechtskräftigen Verurteilung angeschaut haben. Nicht untersucht haben wir die Vollzugsphase. Wenn Bussen oder unbedingte Geldstrafen nicht bezahlt werden und auch auf dem Betreuungsweg nicht eingebracht werden können, wird durch die *Vollzugsbehörde* eine Ersatzfreiheitsstrafe angeordnet.⁸⁷ Mit anderen Worten kommt es auch bei nicht vollziehbaren Bussen und Geldstrafen zu (Ersatz-)Freiheitsstrafen, die in sehr vielen Fällen nicht von Gerichten angeordnet werden.⁸⁸ Im Jahr

85 Die Resultate unserer Studie haben wir einem internationalen Fachpublikum vorgestellt am 20. Mai 2022 in Warwick/UK (THOMMEN, *Prosecutors as Judges*), am 15. Juni 2022, Jerusalem/Israel (THOMMEN/RUGGLI, *Summary Penalty Order*) und am 13. Juni 2023 in Maastricht/NL (THOMMEN, *Virtual Criminal Trials*). Die Erkenntnis, dass drei Viertel aller Freiheitsstrafen von Staatsanwälten in Strafbefehlen verhängt werden, hat überall für grosses Erstaunen und Unverständnis gesorgt.

86 Diesen Hinweis verdanke ich der Oberstaatsanwältin des Kantons Zug, lic. iur. Beatrice Kolvodouris Janett, die mich nach der Präsentation unserer Resultate am 24. April 2023 in St. Gallen (THOMMEN, *Upgrade*) gefragt hat, ob wir bei unserer Quote die Ersatzfreiheitsstrafen mit eingerechnet haben.

87 Zur Umwandlung von Geldstrafen vgl. Art. 36 StGB, zur Umwandlung von Bussen vgl. Art. 106 StGB. Obwohl Art. 36 Abs. 2 StGB bestimmt, dass dort, wo eine Geldstrafe durch eine *Verwaltungsbehörde* verhängt wird, das Gericht über die Ersatzfreiheitsstrafe zu entscheiden hat, wendet die Schweizer Praxis diese Bestimmungen nicht auf Strafbefehle durch die Staatsanwaltschaft an, BSK StGB⁴-DOLGE, Art. 36 N 8 («*Einem gerichtlichen Urteil steht ein von einer Strafverfolgungsbehörde erlassener rechtskräftiger Strafbefehl gleich. In diesen Fällen ist für die Umwandlung der Geldstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe die Vollzugsbehörde zuständig. Sie hat festzustellen, dass die Geldstrafe uneinbringlich und daher die Ersatzfreiheitsstrafe zu vollziehen ist*») und N 13 («*Die Umwandlung ergibt sich direkt aus dem Gesetz und dem Geldstrafenurteil (Abs. 1 Satz 1). Die Vollzugsbehörde hat lediglich zu prüfen, ob die Geldstrafe uneinbringlich ist. Ist dies der Fall, bietet sie den Verurteilten direkt zum Strafantritt auf. Der Vollzugsbehörde steht keinerlei Ermessen zu. Die ursprüngliche Geldstrafenbemessung kann im Umwandlungsverfahren nicht mehr überprüft werden. Die Vollzugsbehörde ist an das rechtskräftige Straferkenntnis gebunden. Der Verurteilte muss zur Umwandlung daher auch nicht mehr angehört werden*»); DONATSCH/KLEIN, SJZ 2015, S. 552 («*Dies folgt daraus, dass eine Geldstrafe nur dann in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt wird, wenn sie nicht bezahlt und auch auf dem Wege der Betreuung nicht eingebracht werden kann*»).

88 Nach den Erhebungen von HANSJAKOB, *forumpoenale* 2014, S. 160 ff., ist davon auszugehen, dass weit über 98% aller Bussen ohne Einsprache und gerichtliche Beurteilung in Rechtskraft erwachsen: Das Bussenzentrum der Staatsanwaltschaft St. Gallen weist eine Einsprachequote von 2,28% aus. Von diesen Einsprachen werden rund die Hälfte (47,6%) wieder zurückgezogen (S. 162). Auch im Ordnungsbussenverfahren würden 98% der Strafbefehle akzeptiert (S. 164). Seit der Revision des Sanktionenrechts können

2016 wurden rund 7% aller Geldstrafen zu Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt.⁸⁹ Im Jahr 2021 waren 23% aller in den Strafvollzug eingewiesenen Personen solche, die eine Ersatzfreiheitsstrafe zu verbüssen hatten.⁹⁰ Staatsanwältinnen in der Schweiz sind damit mächtiger als in allen umliegenden Ländern. In Italien, Frankreich, Liechtenstein und Österreich können Staatsanwältinnen gar keine Freiheitsstrafen und in Deutschland können sie keine unbedingten Freiheitsstrafen ausfallen.⁹¹

Freiheitsstrafen in Strafbefehlen treffen zur Hauptsache Ausländer.⁹² Im Kanton Zürich wurden im Jahr 2022 insgesamt 908 Freiheitsstrafen vollzogen, die in Strafbefehlen ausgefällt wurden. Davon betrafen 168 (19%) Schweizer und

Geldstrafen nur noch bis 180 Tagessätze ausgefällt werden (Art. 34 Abs. 1 StGB, in der Fassung gemäss Ziff. I.1. des BG vom 19. Juni 2015 [Änderungen des Sanktionenrechts], in Kraft seit dem 1. Januar 2018 [AS 2016 1249; BBl 2012 4721]), was exakt der maximalen Geldstrafe in Strafbefehlen entspricht (Art. 352 Abs. 1 lit. b StPO). Geldstrafen und damit mittelbar auch Ersatzfreiheitsstrafen werden somit nur noch durch Gerichte festgelegt, wenn es in Strafbefehlsverfahren nach einer Einsprache (12%) zu einer gerichtlichen Beurteilung des Strafbefehls (28% von 12% = 3,36%) oder der (Strafbefehls-)Anklage (3% von 12% = 0,36%) kommt oder wenn Gerichte in einem regulären Anklageverfahren eine Geldstrafe ausfallen. Es werden also ca. 90–95% aller Geldstrafen (und damit mittelbar auch die entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafen) durch Staatsanwältinnen ausgefällt.

89 BSK StGB⁴-DOLGE, Art. 36 N 4 («Gemäss Auskunft des Bundesamts für Statistik mussten im Jahr 2016 1'228 Geldstrafen in Form von Ersatzfreiheitsstrafen vollzogen werden. Dies entspricht 7% der in diesem Jahr ausgesprochenen unbedingten und teilbedingten Geldstrafen»). BIBERSTEIN/KILLIAS, S. 12 haben für den Kanton Zürich eine Vollzugsquote von 5% ermittelt («Etwas mehr als die Hälfte aller Fälle (53.1%) wurde durch Bezahlung der Busse oder Geldstrafe abgeschlossen. Mehr als ein Drittel der Fälle (38.3%) sind verjährt und nur etwa 5% kamen tatsächlich in den Normalvollzug»).

90 Bundesamt für Statistik, Straf- und Massnahmenvollzug.

91 Vgl. für Deutschland: § 407 D-StPO; für Frankreich: § 495-II F-CPP (s.a. ENESCU, International E-Journal of Criminal Sciences 16/2021); für das Fürstentum Liechtenstein: § 317 FL-StPO; für Italien: § 459 I-StPO; für Österreich: § 491 Ö-StPO; für die Niederlande: Art. 257a NL-StPO; für Norwegen: Section 255 NR-StPO; siehe RIKLIN, ZBJV 2016, S. 490 ff.; RIKLIN, ZStR 132/2014, S. 259 («Das moderne, auf Effizienz und Ökonomie getrimmte schweizerische Strafbefehlsverfahren ist rechtsstaatlich höchst problematisch und im internationalen Vergleich völlig atypisch»); THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.20 («In deutschen Strafbefehlsverfahren konnten bis 1993 gar keine Freiheitsstrafen angeordnet werden. Bis heute sind dort nur bedingte Freiheitsstrafen zulässig (§ 407 Abs. 2 dStPO).»); EDER/ZETSCHKE, S. 53; ENESCU, MschrKrim 3/2023, S. 188 («The first major difference from the French and German procedure lies in the fact that Swiss prosecutors don't need to send their penal orders to the court for signature, they issue themselves their penal orders»); ENESCU/NIANG/MOMSEN, KriPoZ 1/2022, S. 21 («[A]ber auch die Festsetzung einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr, wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, ist durch Strafbefehl möglich») und S. 24 («Anders als in Frankreich oder Deutschland sind Strafbefehle lediglich durch die maximal[e] Strafhöhe, die ausgesprochen werden kann, limitiert. Beschränkungen auf bestimmte Delikte oder Deliktskategorien existieren in der Schweiz nicht»); s.a. THAMAN, S. 169 f.

92 Vgl. Bundesamt für Statistik, Revision des StGB, S. 4.

743 (81%) Ausländer. Ein Grund für diese grosse Diskrepanz könnte sein, dass Strafbehörden bei Ausländern eher davon ausgehen, dass Geldstrafen nicht bezahlt werden (können), sodass von vornherein eine Freiheitsstrafe ausgesprochen wird.⁹³ Das würde auch zu Effizienzgewinnen beim Vollzug führen, da keine nachträgliche Umwandlung der Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe notwendig ist.⁹⁴

Die Zahlen aus dem Kanton Zürich indizieren auch, dass Freiheitsstrafen in Strafbefehlen deutlich häufiger gegen Männer (92%) als gegen Frauen (8%) ausgefällt und vollzogen werden.⁹⁵ Das ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil immerhin 20% der Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen in der Schweiz auf Frauen entfallen.⁹⁶

Bei den Einvernahmen zeigt sich, dass die Staatsanwältinnen in sehr weitreichendem Ausmass Gebrauch von ihrem «Recht» machen, Beschuldigte nicht persönlich anzuhören.⁹⁷ Im Schnitt wird weniger als jeder zehnte Beschuldigte von der Staatsanwaltschaft einvernommen, bevor er mit einem Strafbefehl bedient wird. Im Kanton Bern werden weniger als zwei von hundert Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft einvernommen, bevor ein Strafbefehl ergeht.⁹⁸ Selbst wenn die Staatsanwaltschaft Freiheitsstrafen ausfällt, führt sie in weniger als einem von fünf Fällen eine Einvernahme durch, die

93 Um diese von uns im Rahmen der Erhebung anekdotisch bestätigte Vermutung systematisch empirisch zu untermauern, müssten diejenigen Fälle, in denen kurze unbedingte Freiheitsstrafen gegen Ausländer in Strafbefehlen angeordnet und begründet (Art. 41 Abs. 2 StGB) wurden, näher untersucht werden. Wir haben nur erhoben, *ob* in diesen Fällen eine Begründung gegeben wurde, aber nicht, was ihr Inhalt war.

94 Diesen Hinweis verdanken wir RA Dr. iur. Moritz Oehen, Gerichtsschreiber am Kantonsgericht Luzern.

95 Die Zahlen zu den Ausländer- und Geschlechterquoten im Kanton Zürich hat uns RA lic. iur. Isabel Kramer, Abteilungsleiterin, Bewährungs- und Vollzugsdienste, Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, am 10. November 2023 zur Verfügung gestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist.

96 THOMMEN/ESCHLE, *Ordonnance pénale*, Slide 12.

97 HAGENSTEIN/ZURBRÜGG, ZStrR 130/2012, S. 401 f. («Die Staatsanwaltschaften wurden gefragt, ob die Beschuldigten vor dem Erlass eines Strafbefehls häufig einvernommen würden oder ob dies eher die Ausnahme darstelle. Die Antworten hierauf waren sehr unterschiedlich: Rund 23% bezeichneten die Einvernahme vor dem Erlass des Strafbefehls als Ausnahme, ca. 46% eher als Ausnahme. Lediglich 15% verneinten den Ausnahmecharakter»); VEST, ZBJV 2016, S. 404 («Der Beschuldigte muss nicht einmal einvernommen werden und wird dies sehr häufig auch nicht. I.d.R. wird der Empfänger eines Strafbefehls zudem gar nicht wissen, was er wann genau gesagt hat und auf was es beim Ganzen überhaupt ankommt»).

98 THOMMEN, *Upgrade*, Slide 10 (Einvernahmen durch Staatsanwälte nach Kantonen: Zürich 16,6%, St. Gallen 9,7%, Bern 1,9%, Neuenburg: 5,1%; Total: 8,3%); auch in Strafbefehlsverfahren der Bundesanwaltschaft liegt die Einvernahmequote nur knapp über 10%, AB-BA, *Inspektion 2021/2022*, S. 61.

Quote liegt bei 17%. Wird der Beschuldigte zu einer *unbedingten* Freiheitsstrafe verurteilt, ist diese Zahl sogar noch tiefer. Eine persönliche Anhörung durch die Staatsanwaltschaft kommt dann nur noch in 14% der Fälle vor.⁹⁹ Wenn Einsprache erhoben wird, schreibt das Gesetz vor, dass die weiteren Beweise abzunehmen sind (Art. 355 Abs. 1 StPO). Spätestens zu diesem Zeitpunkt müsste eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme stattfinden.¹⁰⁰ Doch selbst hier hören Staatsanwältinnen nur jeden fünften Beschuldigten (19%) persönlich an.¹⁰¹ Betrachtet man bei den Einvernahmen nicht nur die Staatsanwaltschaft, so zeigt sich, dass die Polizei die Beschuldigten in zwei Dritteln aller Fälle persönlich zu Protokoll befragt, bevor ein Strafbefehl erlassen wird.¹⁰² In mehr als einem Viertel aller Fälle findet gar keine Einvernahme statt, weder durch die Staatsanwaltschaft noch durch die Polizei.¹⁰³

99 Dass die Einvernahmequote bei unbedingten Freiheitsstrafen tiefer ist als bei bedingten, ist auf den ersten Blick kontraintuitiv. Zu erwarten wäre, dass zumindest dann, wenn eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgefällt wird, eine Einvernahme durchgeführt wird (vgl. nunmehr auch Art. 352a StPO; in Kraft seit 1. Januar 2024). Eine mögliche Erklärung ist, dass unbedingte Freiheitsstrafen gegen Personen im Ausland ausgefällt werden, die für Einvernahmen nicht zur Verfügung stehen; vgl. auch SCHMOCKER, CAS 2015, S. 44 («*Hinzu kommt, dass in der Praxis kurze unbedingte Freiheitsstrafen aufgrund der gesetzlichen Ausnahmeregelung vornehmlich gegen Ausländer ohne gesicherten Aufenthaltsstatus – meist Asylbewerber bzw. sog. «Kriminaltouristen» – oder sozial nicht integrierte Personen (Schweizer oder Ausländer mit dauerhaftem Aufenthaltsstatus) in Betracht kommen»*).

100 BSK StPO³-DAPHINOFF, Art. 355 N 3 («*Als ergänzende Beweisabnahme drängt sich die Einvernahme der beschuldigten Person (und ggf. weiterer Personen) auf. Wurde die beschuldigte Person vor dem Strafbefehlserlass noch nicht einvernommen, so ist spätestens nach der Einsprache eine Einvernahme mit der beschuldigten Person durchzuführen. Deren Befragung muss die Regel sein und standardmässig erfolgen»*).

101 THOMMEN/ESCHLE, Revision, Slide 16; aufgeschlüsselt nach Kantonen: THOMMEN/ESCHLE, Ordonnance pénale, Slide 33.

102 THOMMEN/ESCHLE, Ordonnance pénale, Slide 23: In den untersuchten Kantonen führt die Polizei im Schnitt in 65% der Fälle eine Einvernahme mit der beschuldigten Person durch, bevor die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl erlässt. Allerdings zeigen sich hier enorme kantonale Unterschiede: Während die Polizei im Kanton St. Gallen in 86,4% und im Kanton Zürich in 78,8% der Fälle eine Einvernahme durchführt, liegt diese Quote im Kanton Neuenburg nur bei 49,7% und im Kanton Bern sogar nur bei 39% (a.a.O., Slide 26).

103 THOMMEN/ESCHLE, Ordonnance pénale, Slide 23 (27%). Auch hier bestehen wiederum riesige kantonale Unterschiede: In St. Gallen findet nur in 3,9% und in Zürich nur in 4,6% der Fälle gar keine Einvernahme statt, im Kanton Neuenburg hingegen liegt diese Zahl bei 45,2% und in Bern sogar bei 59,1% (a.a.O., Slide 26). Konkret bedeutet dies, dass im Kanton Bern zwei von drei Strafbefehlen ergehen ohne jegliche Einvernahme der beschuldigten Person, weder durch die Staatsanwaltschaft noch durch die Polizei.

3. Revision

Am 17. Juni 2022 hat die Bundesversammlung eine konsolidierte¹⁰⁴ Revision der Strafprozessordnung beschlossen.¹⁰⁵ Die Änderungen betreffen auch das Strafbefehlsverfahren.¹⁰⁶ Angesichts der breiten Kritik am Strafbefehl wurde zu Recht bemängelt, dass sich der Gesetzgeber bei der Revision des Strafbefehlsverfahrens vom «Grundsatz der grösstmöglichen Zurückhaltung» hat leiten lassen.¹⁰⁷ Vorliegend ist vor allem eine Änderung relevant: Der Bundesgesetzgeber hat die seit über einem Jahrzehnt in der Lehre geübte Kritik¹⁰⁸ gehört und im Strafbefehlsverfahren eine beschränkte Einvernahmepflicht eingeführt: «Ist zu erwarten, dass der Strafbefehl eine zu verbüssende Freiheitsstrafe zur Folge hat, so führt die Staatsanwaltschaft eine Einvernahme der beschuldigten Person durch.»¹⁰⁹ Überzeugend an dieser neuen Regelung ist, dass bisher nicht nachvollziehbar war, wie die Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB beurteilen kann, ob eine Freiheitsstrafe «geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten» (lit. a), oder «eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann» (lit. b), wenn sie alleine aufgrund des Dossiers entscheidet und nicht persönlich mit dem Beschuldigten spricht.¹¹⁰ Wenig überzeugend ist, dass diese Einvernahmepflicht

104 Botschaft StPO/2019, S. 6699 («Die eidgenössischen Räte haben sich ... dafür entschieden, die allfälligen Revisionen der StPO nicht einzeln, sondern im Rahmen einer Gesamtschau anzugehen»).

105 Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), in der Fassung des BG vom 17. Juni 2022, in Kraft seit 1. Januar 2024 (AS 2023 468; BBl 2019 6697).

106 Im Detail: THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, passim; THOMMEN, Upgrade, Slide 39 ff.; CORMINBOEUF HARARI, Anwaltsrevue 2023, passim.

107 EGE/VAN DER STROOM, SJZ 2023, S. 779.

108 GLESS, S. 44 f.; THOMMEN, ZStrR 128/2010, S. 373 ff.; DAPHINOFF, S. 394 f.; THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 78; THOMMEN/DIETHELM, ZStrR 133/2015, S. 158 («Damit wurde das Pferd am Schwanz aufgezäumt: Statt die fragwürdige Praxis aufzugeben, Strafbefehle ohne Einvernahme zu erlassen, hat man ihr einen institutionellen Rahmen geschaffen, der das Strafbefehlsverfahren grundlegend und zum Nachteil des Beschuldigten verändert hat»); MULTERER, recht 2017, S. 22 («Der daraus resultierende Umstand, dass die Staatsanwaltschaft Beschuldigte per Strafbefehl verurteilen kann, ohne diese auch nur einmal gesehen zu haben, ist eine Quelle von Fehlurteilen»); BERNAUER, ZStrR 136/2018, S. 365 ff.; ENESCU, Journal of Legal Studies, vol. 26, issue 40, 2020, S. 134; KUHN/BERGER-KOLOPP, N 44.

109 Art. 352a StPO in der Version des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2022, BBl 2022 1560 ff. (Referendumsvorlage).

110 Weitere überzeugende Argumente für eine Einvernahmepflicht in Botschaft StPO/2019, S. 6716 («Zwar könnte sich die beschuldigte Person ihr rechtliches Gehör an sich auch so verschaffen, dass sie gegen den Strafbefehl Einsprache erhebt. Dadurch wird die Staatsanwaltschaft zur Einvernahme der beschuldigten Person verpflichtet. Allerdings ist dieser Weg zu einer Einvernahme nicht gleichwertig zu einer gesetzlich vorgesehenen Einvernahmepflicht. Zum einen dient die Möglichkeit der Einsprache nicht dazu, nachträglich

nur für unbedingte Freiheitsstrafen gilt.¹¹¹ Auch für Geldstrafen gilt, dass die Tagessatzhöhe und der Vollzug den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten anzupassen sind.¹¹² Die Staatsanwaltschaft muss nach dem unzweideutigen Gesetzeswortlaut die Einvernahme persönlich vornehmen und darf diese nicht an die Polizei delegieren.¹¹³

Im Gesetzgebungsverfahren war die Einvernahmepflicht kontrovers. Es wurde befürchtet, dass sie zu einer massiven Mehrbelastung der Staatsanwaltschaften führen wird.¹¹⁴ Unsere Zahlen stützen diese Befürchtungen nicht. Ausgehend von den bisherigen Einvernahmequoten bei unbedingten Freiheitsstrafen ist etwa in St. Gallen für den ganzen Kanton mit *einer* zusätzlichen Einvernahme pro Tag zu rechnen, im Kanton Bern mit zwei zusätzlichen Einvernahmen.¹¹⁵ Dennoch prognostizieren wir, dass die neue Regelung nicht

Verfahrensgrundrechte wie zum Beispiel das rechtliche Gehör einzufordern, sondern sich gegen einen im Schuld- oder Bestrafungspunkt unangebrachten Strafbefehl zu wehren. Ausserdem müssen Verfahrensrechte von Amtes wegen gewährt werden; es obliegt nicht der betroffenen Person, diese über den Weg der Einsprache zu erstreiten. Überdies setzt sich die beschuldigte Person mit Anhebung des Einspracheverfahrens zusätzlichen Kostenrisiken und sogar der Gefahr der schwereren Bestrafung aus».

- 111 EGE/VAN DER STROOM, SJZ 2023, S. 780 («Da die Einvernahmepflicht allerdings nur gilt, wenn im Strafbefehl eine zu verbüssende ... Freiheitsstrafe verhängt werden soll, wird die grundsätzliche Problematik der Rechtskonformität einer Strafe ohne vorgängige Anhörung der betroffenen Person höchstens abgeschwächt, nicht jedoch gelöst»); GETH, ZStrR 140/2022, S. 394 ff.; THOMMEN, ZStrR 128/2010, S. 384 ff.; vgl. auch THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.30; WOHLERS, ZStrR 138/2020, S. 420 («Dass Geldstrafen und Freiheitsstrafen verhängt werden, ohne dass der betroffene Beschuldigte auch nur angehört worden ist, ist eigentlich per se ein Unding»).
-
- 112 Zur Festlegung der Tagessatzhöhe: Art. 34 Abs. 2 Satz 3 StGB («Das Gericht [...] bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum»); zum Entscheid über den un/bedingten Vollzug Art. 42 Abs. 1 StGB («Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe [...] in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten»).
-
- 113 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.31 («Nach den Materialien steht deshalb fest, dass weder eine Delegation an Mitarbeiter (Satz 2 a.a.O.) noch an die Polizei (Art. 312 Abs. 2 StPO) in Frage kommt»). Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass auch in Art. 311 Abs. 1 StPO statuiert werde, dass die «Staatsanwältinnen und Staatsanwälte ... die Beweiserhebungen selber durch[führen]», in der Praxis indes Beweiserhebungen in sehr weitgehendem Umfang nach Art. 312 StPO an die Polizei delegiert würden. Nicht diese expansive Delegationspraxis ist auf Art. 352a StPO zu übertragen, sondern im Gegenteil sind Delegationen wieder auf die im Gesetz explizit erwähnten «ergänzenden Ermittlungen» (Art. 312 Abs. 1 StPO) zurückzubinden.
-
- 114 Votum Ständerätin Z'graggen, Sitzung des Ständerates vom 14. Dezember 2021, AB 2021 S 1369 («Ich habe mich aber überzeugen lassen, dass die Einvernahmepflicht wirklich massiv Ressourcen der kantonalen Staatsanwaltschaften bindet»).
-
- 115 THOMMEN, Upgrade, Slide 56. Basierend auf den bisherigen Einvernahmequoten gehen wir davon aus, dass nach der Neuregelung von Art. 352a StPO in folgendem Umfang

dazu führen wird, dass mehr Einvernahmen durchgeführt, sondern weniger Freiheitsstrafen in Strafbefehlen verhängt werden.¹¹⁶ Die Einvernahmepflicht lässt sich nicht dadurch umgehen, dass an Stelle einer unbedingten Freiheitsstrafe eine unbedingte Geldstrafe verhängt wird, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits absehbar ist, dass die Geldstrafe nicht vollziehbar und deshalb in eine (Ersatz)Freiheitsstrafe umzuwandeln sein wird. Der Gesetzeswortlaut steht solchen Umgehungsmanövern klar entgegen: *«Ist zu erwarten, dass der Strafbefehl eine zu verbüssende Freiheitsstrafe zur Folge hat, so führt die Staatsanwaltschaft eine Einvernahme der beschuldigten Person durch.»*¹¹⁷ Auch eine zu erwartende Ersatzfreiheitsstrafe löst somit eine Einvernahmepflicht aus.¹¹⁸ Art. 352a StPO ist eine zentrale Verfahrensvorschrift,¹¹⁹ deren Missachtung zur Nichtigkeit des Strafbefehls führt.¹²⁰

Zusammenfassend können Staatsanwältinnen in der Schweiz unbedingte Freiheitsstrafen in Strafbefehlen anordnen und tun das auch oft. An dieser Befugnis ändert sich nichts mit der Revision der Strafprozessordnung vom 17. Juni 2022, die Anfang 2024 in Kraft trat. Mit dem neuen Recht wird lediglich eine Pflicht eingeführt, vor der Ausfällung einer zu vollziehenden Freiheitsstrafe eine Einvernahme durchzuführen. Nachfolgend ist deshalb zu beurteilen, ob die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, unbedingte Freiheitsstrafen in Strafbefehlen auszufällen, mit den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention in Einklang zu bringen ist.

zusätzliche Einvernahmen pro Jahr anfallen werden: St. Gallen: 350, Zürich: 470, Bern: 600, Neuenburg: 300.

116 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.43; THOMMEN, Upgrade, Slide 57.

117 Art. 352a StPO in der Version des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2022, BBl 2022 1560 ff. (Referendumsvorlage).

118 Siehe zudem die berechtigten Differenzierungen bei GETH, Revision 2023, N 1.103 (*«Zu beachten ist ausserdem, dass aufgrund des Wortlauts von Art. 352a eine Pflicht zur Einvernahme auch dann besteht, wenn letztlich keine zu verbüssende Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, eine solche aber während des Verfahrens «zu erwarten» gewesen wäre. Eine solche Konstellation kann sich z.B. ergeben, wenn sich vor Abschluss des Verfahrens ein ursprünglich erhobener (schwerwiegenderer) Tatvorwurf als unbegründet erweist»*).

119 Vgl. die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach «krasse Verfahrensfehler», wie etwa der Umstand, dass *«der Betroffene keine Gelegenheit hatte, am Verfahren teilzunehmen»*, zur Nichtigkeit führen, BGE 145 IV 197 E. 1.3.2. Die fehlende Übersetzung soll nach diesem Entscheid hingegen kein Nichtigkeitsgrund sein [Regeste, a.a.O.]; Kritik dazu THOMMEN/ESCHLE/KURATLE/WALSER/ZIMMERMANN, sui generis 2020, S. 454 ff.

120 Überzeugend GETH, Revision 2023, N 1.103 (*«Erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl unter Missachtung von Art. 352a StPO, verhängt also eine unbedingte bzw. teilbedingte Strafe oder widerruft sie den bedingt gewährten Vollzug einer Freiheitsstrafe, dürfte der Strafbefehl nichtig sein»*); s.a. THOMMEN, Upgrade, Slide 60.

III. Freiheitsstrafen

Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit.¹²¹ Wenn Freiheitsstrafen in Strafbefehlen ausgefällt werden, muss als Erstes beurteilt werden, ob überhaupt ein *Freiheitsentzug* (1.) im Sinne dieser Bestimmung vorliegt. Sodann darf die Freiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK nur *auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden* (2.). Weiter sind die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK zu untersuchen: Die Freiheit muss *rechtmässig* (3.) und darf nur nach einer *Verurteilung* (4.) durch ein zuständiges *Gericht* (5.) entzogen werden.

1. Freiheitsentzug

Das Recht auf Freiheit steht jeder (natürlichen) Person zu.¹²² Es beinhaltet den Schutz vor willkürlicher und ungerechtfertigter Festnahme und Haft.¹²³ Ein *Freiheitsentzug* liegt nicht schon bei einer blossen Einschränkung (restriction), sondern erst bei einer Aufhebung (deprivation) der Bewegungsfreiheit vor.¹²⁴

121 Vgl. auch Art. 10 Abs. 2 BV («Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere [...] auf Bewegungsfreiheit»); BGE 140 I 2 E. 9.1; Bericht Bundesrat, S. 1084; zur geschichtlichen Entwicklung SCHUBARTH, Untersuchungshaft, S. 37 ff.

122 Urteil des EGMR 9787/82 vom 2. März 1987, *Weeks v. The United Kingdom*, Ziff. 40 («All persons, whether at liberty or in detention, are entitled to the protection of Article 5»); Urteil des EGMR 7367/76 vom 6. November 1980, *Guzzardi v. Italy*, Ziff. 92 («the 'right to liberty' [...] is contemplating the physical liberty of the person»).

123 Urteil des EGMR 46221/99 vom 12. Mai 2005, *Öcalan v. Turkey*, Ziff. 86 («... any deprivation of liberty should be consistent with the purpose of Article 5, namely to protect individuals from arbitrariness»); IntKomm EMRK-RENZIKOWSKI, Art. 5 N 1.

124 Urteil des EGMR [GC] 43395/09 vom 23. Februar 2017, *De Tommaso v. Italy*, Ziff. 80 («Accordingly, it is not concerned with mere restrictions on liberty of movement, which are governed by Article 2 of Protocol No. 4. In order to determine whether someone has been 'deprived of his liberty' within the meaning of Article 5, the starting-point must be his or her specific situation and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation and restriction of liberty is one of degree or intensity, and not one of nature or substance»); Guide on Article 5 ECHR, S. 8; s.a. BGE 134 I 140 E. 3.2 («... fällt nicht jede Art der Freiheitsbeschränkung unter diese Garantie, sondern nur Freiheitsbeschränkungen von gewissem Ausmass und gewisser Intensität»); s.a. BSK BV-SCHÜRMAN, Art. 31 N 8 ff. («Die besonderen Garantien des Art. 31 kommen nur bei einem Freiheitsentzug zum Tragen, blosser Beschränkungen der Freiheit sind nicht erfasst, stehen aber materiell unter dem Schutz der Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 [BV]»).

Eine Aufhebung der Bewegungsfreiheit liegt vor, wenn der physische Aufenthaltsort über einen nicht unwesentlichen Zeitraum¹²⁵ nicht mehr frei gewählt und gewechselt werden kann.¹²⁶ Ob dies in einem konkreten Fall vorliegt, bestimmt sich nicht nach dem nationalen Recht, sondern nach der autonomen Bewertung des EGMR.¹²⁷ Eine klassische Form des Freiheitsentzugs ist die Einsperrung, sprich die Einschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen zugewiesenen Raum.¹²⁸

Unbedingte Freiheitsstrafen werden in der Schweiz in geschlossenen oder offenen Strafanstalten vollzogen (Art. 76 Abs. 1 StGB). Der geschlossene Vollzug fällt zweifelsfrei unter den Begriff des Freiheitsentzugs nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, da der Gefangene seine Arbeits-, Ruhe- und Freizeit in der Regel in der Anstalt verbringt (Art. 77 StGB). Beim offenen Vollzug muss im Einzelfall beurteilt werden, wie stark die Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sind. Das Gleiche gilt für die Halbfangenschaft. Hier setzt der Gefangene seine Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung ausserhalb der Anstalt fort und verbringt die Ruhe- und Freizeit in der Anstalt (Art. 77b Abs. 2 StGB). Auch bei Freiheitsstrafen, die mit Electronic Monitoring (Art. 79b StGB) vollzogen werden, muss im Einzelfall beurteilt werden, wie stark die Einschränkungen der Freiheit sind.¹²⁹ Bedingte Freiheitsstrafen fallen nur schon deshalb

125 Urteil des EGMR 61485/08 vom 24. Januar 2012, *Brega and other v. Moldova*, Ziff. 19 («*The second applicant was near a trolleybus stop when a group of six plain-clothes police officers forced him into a trolleybus. They cornered him and, in spite of his protests, released him only approximately eight minutes and several stops later*») und Ziff. 43 («*It is true that the applicant's deprivation of liberty lasted for a very limited period of time. However, it appears clearly from the materials of the case that the police officers' intention was to hinder him from taking part in the demonstration by driving him away from its scene*»); Guide on Article 5 ECHR, S. 9.

126 Urteil des EGMR 61603/00 vom 16. Juni 2005, *Storck v. Germany*, Ziff. 73f. («*a person's confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time*»); Guide on Article 5 ECHR, S. 9.

127 Urteil des EGMR [GC] 16483/12 vom 15. Dezember 2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, Ziff. 71 («*the classification of the applicants' confinement in domestic law cannot alter the nature of the constraining measures imposed on them*»); Urteil des EGMR 39187/98 vom 26. Februar 2022, *H.M. v. Switzerland*, Ziff. 48; Urteil des EGMR 45508/99 vom 5. Oktober 2004, *H.L. v. The United Kingdom*, Ziff. 90 («*Although this Court will have regard to the domestic courts' related findings of fact, it does not consider itself bound by their legal conclusions as to whether the applicant was detained or not*»); siehe zum Begriff des Freiheitsentzugs im innerstaatlichen Recht BGE 142 I 129 E. 3.6.

128 IntKomm EMRK-RENNIKOWSKI, Art. 5 N 47; TRECHSEL/SUMMERS, S. 412; Urteil des EGMR [GC] 10593/08 vom 12. September 2012, *Nada v. Switzerland*, Ziff. 226 («*paradigm of confinement in a cell*»).

129 Vgl. zum Hausarrest Urteil des EGMR [GC] 23755/07 vom 5. Juli 2016, *Buzadji v. Republic of Moldova*, Ziff. 104 («*According to the Court's case-law [...] house arrest is considered,*

nicht unter den Begriff des Freiheitsentzugs von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, weil die Freiheit zumindest vorerst nicht entzogen wird.¹³⁰ Lediglich ein *faktischer* Entzug der Freiheit (deprivation of liberty) von einer gewissen Schwere¹³¹ stellt eine Entziehung der Freiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK dar.¹³² Wird eine bedingte Freiheitsstrafe hingegen mit freiheitsentziehenden Weisungen verbunden, wäre eine Qualifikation als Freiheitsentziehung denkbar.¹³³

Es gibt in der Schweiz bisher keine systematischen Erhebungen zur Frage, wie Freiheitsstrafen, die in Strafbefehlen angeordnet wurden, in der Praxis vollzogen werden.¹³⁴ Soweit die in Strafbefehlsverfahren angeordneten Freiheitsstrafen in einem geschlossenen Setting vollzogen werden, liegt ein Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK vor.

in view of its degree and intensity, to amount to deprivation of liberty within the meaning of Article 5 of the Convention»). Urteil des EGMR [GC] 10593/08 vom 12. September 2012, Nada v. Switzerland, Ziff. 225.

130 Das ergibt sich mutatis mutandis auch aus der Rechtsprechung zum Freiheitsentzug aus psychiatrischen Gründen nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK: Urteil des EGMR 28932/14 vom 4. April 2019, *Hodžić v. Croatia*, Ziff. 36 («The Court notes that the applicant was not detained following the adoption of the decisions on his internment in the psychiatric hospital as the relevant authorities could not reach him in order to execute the psychiatric internment order. That being so, the Court does not find that Article 5 of the Convention is applicable to his complaints»); Kommentar EMRK³-ELBERLING, Art. 5 N 6.

131 Urteil des EGMR 12954/87 vom 22. Februar 1994, *Raimondo v. Italy*, Ziff. 13 (Nicht ausreichend für die Bejahung eines Freiheitsentzuges ist «namely a prohibition on leaving his home without informing the police»); vgl. auch Ziff. 39 («The Court considers [...] that [...] the measure in issue did not amount to a deprivation of liberty»).

132 Vgl. dazu Urteil des EGMR [GC] 43395/09 vom 23. Februar 2017, *De Tommaso v. Italy*, Ziff. 80 («In order to determine whether someone has been 'deprived of his liberty' [...] the starting-point must be his or her specific situation and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question»).

133 Vgl. zur Frage, ob eine bedingte Entlassung aus einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe zu «Freiheit» führt oder weiterhin unter den Freiheitsentzug fällt, Urteil des EGMR 9787/82 vom 2. März 1987, *Weeks v. The United Kingdom*, Ziff. 40 («The freedom enjoyed by a life prisoner, such as Mr. Weeks, released on licence is thus more circumscribed in law and more precarious than the freedom enjoyed by the ordinary citizen. Nevertheless, the restrictions to which Mr. Weeks' freedom outside prison was subject under the law are not sufficient to prevent its being qualified as a state of 'liberty' for the purposes of Article 5 (art. 5)»).

134 Im Kanton Zürich wurden im Geschäftsjahr 2022 insgesamt 908 Freiheitsstrafen vollzogen, die in Strafbefehlen ausgefällt wurden. Neun dieser Freiheitsstrafen wurden in Halbgefangenschaft vollzogen, die restlichen 899 im regulären Strafvollzug. Diese Zahlen hat uns RA lic. iur. Isabel Kramer, Abteilungsleiterin, Bewährungs- und Vollzugsdienste, Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, am 10. November 2023 zur Verfügung gestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist.

2. Gesetz

Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK darf die Freiheit nur «auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden». Aus dieser Wendung folgt, dass das gesetzlich vorgesehene Verfahren für die Entziehung der Freiheit eingehalten werden muss.¹³⁵ Der Freiheitsentzug darf demnach nur durch die innerstaatlich gesetzlich vorgesehenen Stellen angeordnet und gemäss dem innerstaatlich vorgesehenen Verfahren vollzogen werden.¹³⁶ Zwar überprüft der EGMR die richtige Anwendung des innerstaatlichen Rechts grundsätzlich nicht, weil aber in Art. 5 EMRK auf das innerstaatliche Recht verwiesen wird, eröffnet sich dem Gerichtshof hier dennoch eine Überprüfungsmöglichkeit.¹³⁷

Damit dem Erfordernis, dass die Freiheit nur «auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden» darf, Genüge getan wird, reicht es nicht, dass die innerstaatlichen Vorschriften formell beachtet werden. Der Gerichtshof stellt darüber hinaus auch materielle Anforderungen an die Qualität des innerstaatlichen Rechts: So müssen die gesetzlichen Grundlagen etwa hinreichend zugänglich, präzise genug formuliert und in ihrer Anwendung vorhersehbar sein.¹³⁸

135 Urteil des EGMR 6301/73 vom 24. Oktober 1979, *Winterwerp v. The Netherlands*, Ziff. 39 («*Elle suppose d'abord la conformité au droit interne*»); Urteil des EGMR 25965/04 vom 7. Januar 2010, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 323 («*By laying down that any deprivation of liberty should be 'in accordance with a procedure prescribed by law', Article 5 § 1 requires, first, that any arrest or detention should have a legal basis in domestic law*»).

136 Urteil des EGMR 6847/02 vom 8. November 2005, *Khudoyorov v. Russia*, Ziff. 124 und Ziff. 157 («*The Government did not indicate any legal provision that permitted a defendant to be held in custody. [...] It follows that the decision did not offer sufficient protection from arbitrariness and failed to satisfy the standard of 'lawfulness' required under Article 5 § 1 of the Convention*»).

137 Urteil des EGMR 31464/96 vom 4. August 1999, *Douiyeb v. The Netherlands*, Ziff. 45 («*Il incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Toutefois, dès lors qu'au regard de l'article 5 § 1 l'inobservation du droit interne emporte violation de la Convention, la Cour peut et doit exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne a bien été respecté*»); Urteil des EGMR 34578/97 vom 31. Juli 2000, *Jėčius v. Lithuania*, Ziff. 56 («*The Court reiterates that the expressions 'lawful' and 'in accordance with a procedure prescribed by law' in Article 5 § 1 essentially refer back to national law and state the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof. However, the 'lawfulness' of detention under domestic law is not always the decisive element. The Court must in addition be satisfied that detention during the period under consideration was compatible with the purpose of Article 5 § 1 of the Convention, which is to prevent persons from being deprived of their liberty in an arbitrary fashion*»).

138 Urteil des EGMR 41242/08 vom 2. Januar 2013, *Plesóv. Hungary*, Ziff. 59 («*The requirement of lawfulness laid down by Article 5 § 1 (e) ['lawful detention' ordered 'in accordance with a procedure prescribed by law'] is not satisfied merely by compliance with the relevant domestic law; domestic law must itself be in conformity with the Convention, including*

Nach schweizerischem Recht ist die Staatsanwaltschaft ermächtigt, Strafbefehle zu erlassen (Art. 352 Abs. 1 StPO). In dieser Bestimmung wird sie auch ausdrücklich ermächtigt, «eine Freiheitsstrafe von höchstens sechs Monaten» auszufällen. Tut sie dies im dafür vorgesehenen Verfahren nach Art. 352 ff. StPO wird der Freiheitsentzug *auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise* angeordnet.

Natürlich gibt es in der schweizerischen Strafbefehlspraxis zahlreiche Einzelfälle, in denen bereits das Verfahren, das zur Ausfällung einer Freiheitsstrafe führt, nicht gesetzeskonform abläuft, etwa weil die beschuldigte Person vorab nicht angehört wurde, sie ungenügend verteidigt ist, ihr der Vorwurf oder der Strafbefehl nicht erläutert oder übersetzt werden,¹³⁹ die Zustellung mangelhaft ist¹⁴⁰ oder der Strafbefehl keine Begründung der Freiheitsstrafe enthält.¹⁴¹ In diesen Fällen braucht die hier interessierende Frage, ob die Staatsanwaltschaft eine genügend legitimierte Behörde zur Ausfällung von Freiheitsstrafen ist, nicht beantwortet zu werden, weil der Strafbefehl bereits aufgrund der jeweiligen Verfahrensfehler konventionswidrig ist.

Unabhängig von Defiziten im konkreten Einzelfall muss das innerstaatliche Verfahrensrecht allgemein den Grundsätzen der Konvention genügen.¹⁴²

the general principles expressed or implied in it, particularly the principle of the rule of law, which is expressly mentioned in the Preamble to the Convention». Urteil des EGMR [GC] 11364/03 vom 9. Juli 2009, *Mooren v. Germany*, Ziff. 76; Urteil des EGMR 37289/12 vom 19. Mai 2016, *J.N. v. The United Kingdom*, Ziff. 77 («Article 5 § 1 does not merely refer back to domestic law [...] it also relates to the 'quality of the law'. 'Quality of law' in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness»); Kommentar EMRK³-ELBERLING, Art. 5 N 19.

139 THOMMEN/ESCHLE/KURATLE/WALSER/ZIMMERMANN, *sui generis* 2020, S. 455 ff.; MULTERER, *recht* 2017, S. 22 («Bei fehlender Kommunikation mit dem Beschuldigten besteht auch keine Möglichkeit, entsprechend dem Fürsorgeprinzip im Strafprozess sicherzustellen, dass dieser in der Lage ist, das ihm durch den Strafbefehl angedrohte Übel zu erfassen. So können eine mangelnde Auffassungsgabe, ungenügende sprachliche Kompetenzen oder eine andere Muttersprache dazu führen, dass der Inhalt nicht verstanden wird»); STÜBI, *QFLR* 2/2017, S. 17 («Strafbefehle werden jedoch nach kantonalen Praktiken i. d. R auch fremdsprachigen Beschuldigten in der ihnen nicht verständlichen Gerichtssprache zugestellt»).

140 Vgl. MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, *ZStrR* 139/2021, S. 263 und S. 266 ff.; RUCKSTUHL, *Anwaltsrevue* 2023, S. 22 («Da bislang eine Anhörung nicht zwingend vorgeschrieben war, kam es wiederholt vor, dass Personen zu einer zu vollziehenden Freiheitsstrafe verurteilt wurden, davon wegen der unklaren (und wohl auch EMRK-widrigen) Zustellvorschrift (vgl. Art. 88 Abs. 4: Strafbefehle gelten auch ohne Veröffentlichung als zugestellt) allerdings nichts wussten und sich unverhofft im Gefängnis widersahen, ohne zu wissen, weshalb und warum»); m.w.H. zur Zustellung: DAPHINOFF, S. 521 ff.

141 Zu diesen Defiziten vgl. THOMMEN, *Penal Orders and Abbreviated Proceedings*, Ziff. II.2 ff.

142 Urteil des EGMR [GC] 11364/03 vom 9. Juli 2009, *Mooren v. Germany*, Ziff. 76; THOMMEN/ESCHLE/WALSER, *Revision*, N 8.33 Fn. 96.

Auch hier weist das schweizerische Strafbefehlsverfahren Mängel auf. Das gilt z.B. für die innerstaatlichen Vorschriften zur Eröffnung und Zustellung von Strafbefehlen.¹⁴³ So bestimmt Art. 88 Abs. 4 StPO, dass ein Strafbefehl, der dem Beschuldigten nicht eröffnet werden kann, auch ohne amtliche Veröffentlichung als zugestellt gilt («Dossier-Fiktion»)¹⁴⁴. Der Beschuldigte hat nicht nur Anspruch darauf zu erfahren, welche Vorwürfe gegen ihn erhoben werden (Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK), sondern auch darauf, zu wissen, was aus diesen Vorwürfen geworden ist, also ob er freigesprochen oder verurteilt worden ist.¹⁴⁵ Das schweizerische Strafbefehlsverfahren ist auch insofern nicht konventionskonform, als kein freier Zugang zum Gericht besteht. *De iure* hat die Staatsanwältin die Möglichkeit, nach jeder Einsprache wiederum einen neuen Strafbefehl zu erlassen und so den Zugang zum Gericht beliebig aufzuschieben. Auch wenn dies in der Praxis kaum je vorkommt, ist der freie Zugang zu gerichtlicher Überprüfung zwingende Voraussetzung für ein konventionskonformes Strafverfahren.¹⁴⁶ Diese Mängel sind vom schweizerischen Gesetzgeber unabhängig von der Zuständigkeit bei Freiheitsstrafen zu beheben. Problematisch sind – wie bereits erwähnt¹⁴⁷ – auch Gesetzesbestimmungen, die zwar nicht per se EMRK-widrig sind, aber eine entsprechende Praxis begünstigen. Das gilt etwa für die Regeln zur Einvernahme (Art. 352a StPO) oder zur Begründung von Strafbefehlen (Art. 353 Abs. 1 lit. f StPO). Dass

143 Vgl. MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, ZStR 139/2021, S. 266 ff.; BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352–356, N 24 («Eine besondere Problemquelle ist schliesslich die Zustellung»).

144 Zur Dossierfiktion s. PASQUIER, Plädoyer 2013, S. 6 ff. («*Selon le code de procédure pénale, l'ordonnance pénale peut être notifiée en étant glissée dans le dossier, lorsque le destinataire n'a pas de lieu de séjour connu*»; «*La notification fictive des ordonnances pénales viole la CEDH*»); zur Zustellungsfiktion siehe DENYS, SJ 2016, S. 127 ff.; s.a. ZIHLMANN, passim.

145 Die Konvention räumt dem Beschuldigten kein explizites Recht ein, über seine Verurteilung informiert zu werden. Das schien den Vätern der Konvention wohl selbstverständlich. Aus dem Umstand, dass Urteile nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK «*öffentlich verkündet werden*» müssen, folgt jedoch ohne Weiteres, dass nicht nur die Öffentlichkeit, sondern auch der Verurteilte selbst zu informieren ist. Ferner räumt Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK Beschuldigten das Recht ein, «*in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden*». Wenn bereits über die Beschuldigungen umfassend informiert werden muss, dann ist erst recht darüber zu informieren, was aus den Beschuldigungen geworden ist (Urteil, Einstellung etc.). Das Recht auf Information über die Verurteilung ergibt sich auch aus der Rechtsprechung zu In-absentia-Verfahren: vgl. Urteil des EGMR 9024/90 [GC] vom 12. Februar 1985, *Colozza v. Italy*, Ziff. 27.

146 RIKLIN, ZStR 132/2014, S. 258 («*Allgemein geht man zwar davon aus, dass ein Strafbefehl nicht EMRK-widrig ist, wenn die Möglichkeit besteht, mit einer Einsprache die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens zu erreichen*»); dazu im Detail unten Ziff. IV. 4.

147 S.o. Ziff. II. 1.

bei drohenden Freiheitsstrafen eine Einvernahme durchgeführt werden muss, bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass sie in allen übrigen Fällen entbehrlich ist. Dass der Widerruf einer früheren bedingten Strafe zu begründen ist, bedeutet nicht, dass Strafbefehle ansonsten keiner Begründung bedürfen. Die Pflicht zur Einvernahme und zur Begründung ergibt sich direkt aus dem rechtlichen Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 EMRK).¹⁴⁸

3. Rechtmässigkeit

Der Freiheitsentzug hat nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK «*rechtmässig*» zu sein. Auch diese Voraussetzung bezieht sich auf das innerstaatliche Recht.¹⁴⁹ Das Wort *rechtmässig* impliziert unter anderem die Pflicht des nationalen Gesetzgebers, eine materiell-rechtliche Grundlage für einen Freiheitsentzug vorzusehen.¹⁵⁰ Soweit der Gerichtshof verlangt, dass die Verurteilung die prozeduralen Regeln des nationalen Rechts einhalten muss, fällt es schwer, die Voraussetzung der Rechtmässigkeit in Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK vom Erfordernis der Gesetzmässigkeit in Art. 5 Abs. 1 [Ingress] EMRK abzugrenzen.¹⁵¹

148 Zum rechtlichen Gehör BGE 141 V 557 E. 3.1 («*La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment ...*»); SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 286 («*The 'right to be heard' lies at the heart of the notion of fairness in Article 6 ECHR*»); zur Begründung: BGE 129 I 232 E. 3.2 («*Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen*»). Urteil des EGMR [GC] 19867/12 vom 11. Juli 2017, *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), Ziff. 84 («*The Court also reiterates that [...] judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based*»).

149 Urteil des EGMR [GC] 11364/03 vom 9. Juli 2009, *Mooren v. Germany*, Ziff. 72 («*Where the 'lawfulness' of detention is in issue, including the question whether 'a procedure prescribed by law' has been followed, the Convention refers essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof. Compliance with national law is not, however, sufficient: Article 5§1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness*»); Urteil des EGMR 6847/02 vom 8. November 2005, *Khudoyorov v. Russia*, Ziff. 124.

150 Urteil des EGMR 6847/02 vom 8. November 2005, *Khudoyorov v. Russia*, Ziff. 124 («*conform to the substantive and procedural rules*»); Urteil des EGMR 6301/73 vom 24. Oktober 1979, *Winterwerp v. The Netherlands*, Ziff. 39 («*Elle suppose d'abord la conformité au droit interne*»); Herzog, S. 210 («*Die EMRK [...] verlangt darüber hinaus noch eine besondere staatliche Rechtsgrundlage. Und zwar muß diese sich nicht lediglich auf das zu beobachtende Verfahren beziehen, sondern sie muß auch die materiellen Voraussetzungen des Eingriffs regeln*»); Kommentar EMRK³-ELBERLING, Art. 5 N 17.

151 Auch der Gerichtshof bringt nicht mehr Klarheit in die Unterscheidung: Urteil des EGMR 6847/02 vom 8. November 2005, *Khudoyorov v. Russia*, Ziff. 124 («*The Court reiterates that the expressions 'lawful' and 'in accordance with a procedure prescribed by law'*

Im innerstaatlichen Recht stellen die Tatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuchs sowie des Nebenstrafrechts die materiell-rechtliche Grundlage der Freiheitsstrafen dar. Wird in einem Verfahren wegen Nötigung ein Strafbefehl ausgestellt, ist Art. 181 StGB anwendbar: «*Wer jemanden durch [...] Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, [...] wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*» Ferner müssen die materiellen Regeln zur Strafzumessung (Art. 47 ff. StGB) eingehalten werden.

Die Anwendung des materiellen Rechts überprüft der EGMR nur auf Willkür¹⁵² und insbesondere nicht darauf, ob ein Freiheitsentzug im Einzelfall verhältnismässig erscheint.¹⁵³ Überprüfen kann das der Gerichtshof nur in extremen Fällen, etwa wenn er im genannten Nötigungsbeispiel zum Schluss käme, dass die Gesetzesgrundlage zu unbestimmt ist.¹⁵⁴ Dann wäre allerdings auch Art. 7 EMRK verletzt.¹⁵⁵ Das bei der Gesetzmässigkeit (2.) Ausgeführte gilt

in Article 5 § 1 essentially refer back to national law and state the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof»).

152 Urteil des EGMR 6301/73 vom 24. Oktober 1979, *Winterwerp v. The Netherlands*, Ziff. 46 ff. («*S'il ne lui appartient pas d'ordinaire de vérifier le respect du droit interne par les autorités nationales [...] il en va autrement dans les matières où la Convention renvoie directement à ce droit, comme ici: en ces matières, la méconnaissance du droit interne entraîne celle de la Convention, de sorte que la Cour peut et doit exercer un certain contrôle. [...] Cependant, l'économie du système de sauvegarde instauré par la Convention assigne des limites à l'ampleur de ce contrôle*»); m.w.H. SK StPO⁵-MEYER, Art. 5 EMRK N 66 ff.

153 Urteil des EGMR 9787/82 vom 2. März 1978, *Weeks v. The United Kingdom*, Ziff. 50 («*It is not for the Court, within the context of Article 5 (art. 5), to review the appropriateness of the original sentence, a matter which moreover has not been disputed by the applicant in the present proceedings*»); Urteil des EGMR 14431/06 vom 27. März 2018, *Aleksandr Aleksandrov v. Russia*, Ziff. 22 («*The Court reiterates that matters of appropriate sentencing fall in principle outside the scope of the Convention. [...] However, where a sentencing policy or decision affects individuals in a discriminatory manner [...] the Court has accepted that an arguable claim of a violation of Article 14 of the Convention, taken together with Article 5 § 1 (a), may arise*»); HK EMRK⁴-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 5 N 32; SUMMERS, Sentencing and Human Rights, S. 130.

154 Urteil des EGMR [GC] 11364/03 vom 9. Juli 2009, *Mooren v. Germany*, Ziff. 76 («*'Quality of the law' in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness*»); Kommentar EMRK³-ELBERLING, Art. 5 N 31; so z.R. auch das Bundesgericht und die h.L. in der Schweiz, siehe BGE 112 Ia 107 E. 3b («*müssen die Merkmale strafbaren Verhaltens und dessen Folgen im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar gewesen sein*»); SHK StGB⁴-WOHLERS, Art. 1 N 8.

155 Urteil des EGMR [GC] 21906/04 vom 12. Februar 2008, *Kafkaris v. Cyprus*, Ziff. 150 («*The Court considers, therefore, that there is no element of retrospective imposition of a heavier penalty involved in the present case but rather a question of 'quality of law'. In particular, the Court finds that at the time the applicant committed the offence, the relevant Cypriot law taken as a whole was not formulated with sufficient precision as to enable the applicant to discern, even with appropriate advice, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty of life imprisonment and the manner of its execution. Accordingly, there has been a violation of Article 7 of the Convention in this respect*»); SUMMERS, Sentencing and Human Rights, S. 31 ff.

auch hier: Wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine Freiheitsstrafe nicht erfüllt sind, ist die Sanktion bereits deshalb unrechtmässig.

4. Verurteilung

Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK darf die Freiheit nur entzogen werden «nach Verurteilung» durch ein zuständiges Gericht. Lit. a statuiert den ersten von sechs abschliessend geregelten Gründen, aus denen die Freiheit entzogen werden darf.¹⁵⁶ Dass er an erster Stelle steht, ist wohl kein Zufall. Er zielt auf den idealtypischen Fall, dass ein Straftäter durch ein Gericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird. Die Wendung umfasst zwei Elemente, ein materielles («Verurteilung») und ein temporales («nach»).

Die Verurteilung ist ein autonomer Begriff der Konvention und ist daher unabhängig von der Bezeichnung im nationalen Verfahrensrecht zu interpretieren.¹⁵⁷ Die EMRK verlangt, dass eine mit dem Gesetz übereinstimmende Straftat festgestellt und im Anschluss ein Freiheitsentzug verhängt wird.¹⁵⁸ Die Verurteilung ist nicht an eine Form gebunden.¹⁵⁹ Sie kann in einem Urteil oder in Form eines Strafbefehls ergehen.¹⁶⁰ Für die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK ist einzig ausschlaggebend, ob durch die Verurteilung

156 Urteil des EGMR [GC] 27021/08 vom 7. Juli 2011, *Al-Jedda v. The United Kingdom*, Ziff. 99 («... exhaustive list of permissible grounds on which persons may be deprived of their liberty»); Urteil des EGMR 5310/71 vom 18. Januar 1978, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Ziff. 194.

157 Urteil des EGMR 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 vom 8. Juni 1976, *Engel and others v. The Netherlands*, Ziff. 68.

158 Urteil des EGMR 7367/76 vom 6. November 1980, *Guzzardi v. Italy*, Ziff. 100; Urteil des EGMR 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 vom 8. Juni 1976, *Engel and others v. The Netherlands*, Ziff. 68; Urteil des EGMR 25119/09; 57715/09; 57877/09 vom 18. September 2012, *James, Wells and Lee v. The United Kingdom*, Ziff. 189 («For the purposes of Article 5 § 1 (a), the word 'conviction' has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty»).

159 Urteil des EGMR 14579/05 vom 23. November 2010, *Wenner v. Slovakia*, Complaints Ziff. 3 («As the Court has found above, the applicant's detention [...] in execution of the penal order of 17 August 1999 fell within the purview of Article 5 § 1 (a) of the Convention»); Kommentar EMRK³-ELBERLING, Art. 5 N 29.

160 Urteil des EGMR 14579/05 vom 23. November 2010, *Wenner v. Slovakia*, Complaints Ziff. 1 ff., allerdings wurde der Strafbefehl von einem Einzelrichter erlassen («The Court observes that, in these circumstances, the applicant's deprivation of liberty under the order of 3 September 2004 cannot be said to have been effected at an early stage of his detention or ordered by a decision of a law enforcement agency or by any other executive agency. It was ordered by a judge and the applicant had and in fact did use the right to appeal the detention order in question, which provided him with proceedings for the review of the lawfulness of his detention in terms of Article 5 § 4 of the Convention»); Kommentar EMRK³-ELBERLING, Art. 5 N 29.

die Schuld festgestellt und eine Strafe ausgefällt wurde.¹⁶¹ Ein Strafbefehl enthält den vorgeworfenen Sachverhalt, die dadurch erfüllten Straftatbestände sowie die Sanktion und damit – bis auf die Begründung¹⁶² – alle wesentlichen Elemente eines Strafurteils und somit auch eine Feststellung von Schuld und Strafe.¹⁶³ Sofern gegen den Strafbefehl keine Einsprache erhoben wird, erwächst er nach zehn Tagen zum vollstreckbaren Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Rechtskräftige Strafbefehle sind demnach Verurteilungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK.

Ein Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK liegt nur vor, wenn er *nach* Verurteilung durch ein Gericht erfolgt. In der Rechtsprechung stehen hier Fälle im Vordergrund, bei denen es nicht nur um die Frage ging, ob der Freiheitsentzug zeitlich nach der Verurteilung erfolgte, sondern vor allem darum, ob noch ein genügender kausaler Link zur Verurteilung bestand.¹⁶⁴ Bereits aufgrund der Systematik der Haftgründe in Art. 5 Abs. 1 EMRK ist jedenfalls klar, dass *vor* der Verurteilung angeordneter Freiheitsentzug, in Gestalt von Untersuchungshaft, nicht unter lit. a fällt.¹⁶⁵ Damit steht fest, dass

161 Urteil des EGMR 25119/09; 57715/09; 57877/09 vom 18. September 2012, *James, Wells and Lee v. The United Kingdom*, Ziff. 189 («For the purposes of Article 5 §1 (a), the word 'conviction' has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty»); Urteil des EGMR 19359/04 vom 17. Dezember 2009, *M. v. Germany*, Ziff. 87; SK StPO⁵-MEYER, Art. 5 EMRK N 64.

162 Zur rudimentären Begründung des Strafbefehls Art. 353 Abs. 1 lit. f StPO, zur Begründung von Strafurteilen im Allgemeinen Art. 81 Abs. 3 lit. a StPO; zur stark eingeschränkten Pflicht, erstinstanzliche Strafurteile zu begründen, im Besonderen Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 StPO.

163 Zum Inhalt des Strafbefehls: Art. 353 StPO, zum Inhalt eines Urteils: Art. 81 StPO; zur Problematik der Feststellung von Schuld im Strafbefehlsverfahren vgl. MAEDER, recht 2019, S. 19 f.

164 Urteil des EGMR 25119/09; 57715/09; 57877/09 vom 18. September 2012, *James, Wells and Lee v. The United Kingdom*, Ziff. 189 («The Court has also made it clear that the word 'after' in sub-paragraph (a) does not simply mean that the detention must follow the conviction in point of time: in addition, the detention must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the conviction. [...] In short, there must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue»).

165 Das gilt wohl auch für die Sicherheitshaft von der Anklage bis zum erstinstanzlichen Urteil, was sich e contrario aus dem Urteil des EGMR 2122/64 vom 27. Juni 1968, *Wemhoff v. Germany*, Ziff. 9 ergibt, in welchem der Gerichtshof entschieden hat, dass eine Person, die *nach* einem erstinstanzlichen, aber noch nicht rechtskräftigen Strafurteil in Sicherheitshaft bleibt oder versetzt wird, sich «in the position provided for by Article 5(1)(a) (art. 5-1-a)» befindet und sich deshalb nicht auf Garantien von Art. 5 Abs. 3 EMRK berufen könne. Deutlicher: Urteil des EGMR 5425/11 vom 4. Juni 2015, *Ruslan Yakovenko v. Ukraine*, Ziff. 46 («The Court notes that a defendant is considered to be detained 'after conviction by a competent court' within the meaning of Article 5 §1 (a) once the judgment has been delivered at first instance, even where it is not yet enforceable and remains amenable to appeal»).

erstandene Untersuchungshaft, auch wenn sie in einem Strafbefehl an die Freiheitsstrafe angerechnet wird,¹⁶⁶ nach dem Haftgrund von lit. c («*Freiheitsentzug zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde*») zu beurteilen ist.

5. Gericht

Der Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK ist nur rechtmässig, wenn er durch ein «*zuständiges Gericht*» angeordnet wurde.¹⁶⁷ Nach der Rechtsprechung zeichnet Gerichte zur Hauptsache aus, dass sie von der *Exekutive* unabhängig und den *Parteien* gegenüber unvoreingenommen sind.¹⁶⁸ In älteren Entscheiden ist das Bundesgericht noch davon ausgegangen, dass die Staatsanwältin beim Erlass des Strafbefehls in richterlicher Funktion amte.¹⁶⁹ Nimmt man jedoch die beiden Kriterien des EGMR als Massstab, kann die Staatsanwaltschaft nicht als Gericht im Sinne von Art. 5 EMRK gelten.¹⁷⁰

166 Kritik zur Haftanrechnung: THOMMEN, *ContraLegem*, 2019/2.

167 SHK CEDH-BIGLER, Art. 5 N 75 («*La Convention emploie le mot «tribunal» dans plusieurs de ses articles. [...] Il s'agit toujours, dans ces cas divers, d'organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties, mais se caractérisant également par les garanties propres à une procédure judiciaire. Les modalités de la procédure voulue par la Convention ne doivent cependant pas nécessairement être identiques dans chacun des cas où celle-ci requiert l'intervention d'un tribunal.*»).

168 Urteil des EGMR 2832/66; 2835/66; 2899/66 vom 18. Juni 1971, *De Wilde, Ooms and Versyp* («*Vagrancy*») v. *Belgium (Merits)*, Ziff. 78; s.a. Urteil des EGMR 9787/82 vom 2. März 1987, *Weeks v. The United Kingdom*, Ziff. 61; Urteil des EGMR 10328/83 vom 29. April 1988, *Belilos v. Switzerland*, Ziff. 64 («*According to the Court's case-law, a 'tribunal' is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner. [...] It must also satisfy a series of further requirements – independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members' terms of office; guarantees afforded by its procedure – several of which appear in the text of Article 6 § 1 (art. 6-1) itself.*»).

169 BGE 112 Ia 142 E. 2b («*Demzufolge kann nur dort gesagt werden, die Untersuchungsbehörde nehme die Funktion oder Rolle eines eigentlichen Richters ein, wo sie das Strafverfahren zum Abschluss bringt, sei es durch einen Sachentscheid, wie das beim Erlass eines Strafbefehls des Bezirksanwaltes der Fall ist, sei es dadurch, dass sie das Verfahren mit einer Einstellungsverfügung gemäss § 39 StPO abschliesst*»); z.R. a.A. GETH, *forum poenale* 2018, Sonderheft 1, S. 368; DAPHINOFF, S. 85 und S. 93 («*Im Strafbefehlsverfahren fehlt der Staatsanwaltschaft allerdings genau diese für den Erlass eines Strafsentscheids notwendige richterliche Unabhängigkeit*»).

170 Vgl. BISHOFBERGER, S. 190 Fn. 61, der bereits im Jahre 1972 festhielt, dass die Schweiz bei einem Beitritt zur EMRK einen Vorbehalt einlegen müsste, weil Verwaltungsbehörden wie die Bezirksanwälte im zürcherischen Recht Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK nicht genügen würden.

Ob die Staatsanwaltschaft von der *Exekutive* unabhängig ist, lässt sich in der Schweiz nicht einheitlich beantworten.¹⁷¹ Die Kantone und der Bund sind in ihrer Gerichtsorganisation frei (Art. 123 Abs. 2 BV; Art. 14 StPO).¹⁷² So wird etwa der Bundesanwalt von der Vereinigten Bundesversammlung, also dem Parlament, gewählt.¹⁷³ Er ist von der Exekutive unabhängig.¹⁷⁴ Der Bundesrat kann ihm keine Weisungen erteilen.¹⁷⁵ Im Kanton Zürich werden die Staatsanwälte teilweise vom Volk gewählt (§ 94 GOG/ZH) und teilweise vom Regierungsrat (Exekutive) ernannt (§ 95 f. GOG/ZH). Die Zürcher Staatsanwaltschaft unterliegt der Aufsicht und den Weisungen durch den Regierungsrat (§ 115 GOG/ZH).¹⁷⁶ Sie ist daher nicht von der Exekutive unabhängig.

Die Staatsanwaltschaften der Schweiz sind hingegen allesamt den *Parteien* gegenüber nicht unvoreingenommen.¹⁷⁷ Nach dem schweizerischen Strafverfolgungsmodell hat die Staatsanwaltschaft zwei Funktionen: Im Vor-

171 Für eine Übersicht siehe: GETH/SCHINDLER, Aufsicht BA, S. 27 f.; GETH, *forum poenale* 2018, Sonderheft 1, S. 367 ff. («Ob eine Staatsanwaltschaft der Exekutive oder Judikative zuzuordnen ist, hängt also nicht von deren Eingliederung in die Behördenstruktur von Bund und Kantonen ab, sondern ist massgeblich durch verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und den Aufgabenkatalog der Staatsanwaltschaften in der Strafprozessordnung bestimmt»).

172 Ausführlich zur Wahl des Strafverfolgungsmodells LEUPOLD, BJM 2008, S. 239 ff. («Als besonders wichtiger Aspekt des Gesetzgebungsprojekts ist die Festlegung eines einheitlichen Strafverfolgungsmodells zu nennen. Demgegenüber hat sich der Bund bei der Behördenorganisation Zurückhaltung auferlegt»).

173 Art. 20 Abs. 1 StBOG («Die Vereinigte Bundesversammlung wählt den Bundesanwalt oder die Bundesanwältin und die Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen»).

174 GETH/SCHINDLER, Aufsicht BA, S. 47 («Damit hat sich der Gesetzgeber von der traditionell starken Angliederung der BA an die Exekutive [...] verabschiedet und eigenständige Behörden geschaffen»); GETH, *forum poenale* 2018, Sonderheft 1, S. 367 («in Gestalt einer unabhängigen Behörde (wie bei der Bundesanwaltschaft)»).

175 Das ergibt sich implizit aus Art. 23 ff. StBOG, wonach die Bundesanwaltschaft von einer – ebenfalls von der Vereinigten Bundesversammlung gewählten – generell weisungsberechtigten Aufsichtsbehörde und damit gerade nicht vom Bundesrat (Exekutive) beaufsichtigt wird. Im Detail: GETH/SCHINDLER, Aufsicht BA, passim.

176 Zu den verschiedenen Aufsichtsmodellen in der Schweiz vgl. GETH/SCHINDLER, Aufsicht BA, S. 27 f.

177 Das räumt auch der Bundesrat ein: Botschaft StPO/2005, S. 1107 («Wie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sind auch Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter in erster Linie Organe der Strafverfolgung. Die Erwartungen an die richterliche Unabhängigkeit sind daher regelmässig nicht zu erfüllen»); bereits hier zeigt sich, was auch für den EGMR gilt (vgl. sogleich unten), dass oft von fehlender Unabhängigkeit die Rede ist, wenn in Wirklichkeit fehlende Unvoreingenommenheit gemeint ist. In Urteil des EGMR 8692/79 vom 1. Oktober 1982, *Piersack v. Belgium*, Ziff. 28 ff., hat der Gerichtshof eine objektive Voreingenommenheit bejaht, weil der zuständige Richter zuvor im gleichen Fall als Staatsanwalt tätig war. Z.R. zustimmend TRECHSEL/SUMMERS, S. 66 f. («[O]ne of the important developments of criminal procedure after the inquisition was

verfahren hat sie die Verfahrensleitung inne, im Gerichtsverfahren wird sie zur Partei, die die Anklage vertritt. Wie der Gerichtshof bereits in seiner Plenarentscheidung im Fall Huber festgehalten hat, könne die Staatsanwältin *«not be 'independent of the parties' at that preliminary stage precisely because he was 'liable' to become one of the parties at the next stage in the procedure»*.¹⁷⁸

Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass in der Schweiz Straftäter von Staatsanwälten zu vollziehbaren Freiheitsstrafen verurteilt werden können, ohne dass ein unabhängiges Gericht im Sinne der Konvention an dieser Verurteilung beteiligt wird.

the separation of duties of accusation and adjudication»); s.a. Urteil des EGMR 9186/80 vom 26. Oktober 1984, *De Cubber v. Belgium*, Ziff. 27 ff.; dazu resümierend Guide on Article 6 (criminal limb) ECHR, Ziff. 135 (*«The successive exercise of the functions of investigating judge and trial judge by one and the same person in the same case has also led the Court to find that the impartiality of the trial court was capable of appearing to the applicant to be open to doubt»*).

178 Urteil des EGMR 12794/87 vom 23. Oktober 1990, *Huber v. Switzerland*, Ziff. 42 (*«In several judgments [...] the Court found that the auditeur-militair[e], who had ordered the detention of the applicants, could also be called upon to assume, in the same case, the role of prosecuting authority after referral of the case to the Military Court. It concluded from this that he could not be 'independent of the parties' at that preliminary stage precisely because he was 'liable' to become one of the parties at the next stage in the procedure»*). Dieser Entscheidung zeigt, dass die Strassburger Rechtsprechung oft von Unabhängigkeit (independence) spricht, wenn sie (objektive) Unvoreingenommenheit (impartiality) meint. Das gesteht sie implizit auch ein, vgl. etwa Urteil des EGMR 22107/93 vom 25. Februar 1997, *Findlay v. The United Kingdom*, Ziff. 73 (*«The concepts of independence and objective impartiality are closely linked and the Court will consider them together as they relate to the present case»*). Unmissverständlich hingegen Council of Europe/ECtHR, Role of public prosecutor, S. 4 (*«The Court has generally refused to consider public prosecutors as an independent and impartial tribunal within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention»*).

IV. Subjektiver Verzicht

Im vorangehenden Abschnitt wurde gezeigt, dass die Staatsanwaltschaft kein Gericht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK ist. Wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe in einem Strafbefehl ausspricht, werden somit die verfahrensrechtlichen Anforderungen des Rechts auf Freiheit verletzt. Kann diese Verletzung gerechtfertigt werden? In der Folge soll nicht die Frage beantwortet werden, ob ein Verzicht auf die persönliche Freiheit als Ganzes möglich ist.¹⁷⁹ Zu prüfen ist vielmehr, ob der Beschuldigte gültig auf eine *gerichtliche Beurteilung* verzichten kann. Nach traditioneller Auffassung sollen Strafbefehlsverfahren deshalb konventionskonform sein, weil zwar keine gerichtliche Verurteilung stattfindet, die beschuldigte Person aber die *Möglichkeit*¹⁸⁰ hat, ein Gericht anzurufen. Indem sie keine Einsprache gegen den Strafbefehl erhebt, verzichtet sie auf die Beurteilung durch ein Gericht.¹⁸¹

Nach ständiger Rechtsprechung kann auf die Garantien von Art. 6 EMRK unter bestimmten Voraussetzungen verzichtet werden. So hat der Gerichtshof in *Deweere* festgehalten: *«The 'right to a court' [...] is no more absolute in criminal than in civil matters. [...] By paying the 10'000 B[elgian] F[rancs] ... Mr. Deweer waived his right to have his case dealt with by a tribunal.»*¹⁸² Der Gerichtshof

179 So zumindest die ältere Rechtsprechung: BGE 126 I 26 E. 4b/aa (*«Dies muss insbesondere für unverzichtbare und unverjähbare Grundrechte wie die persönliche Freiheit gelten»*); diff. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2419 f.

180 SUMMERS, *Sentencing and Human Rights*, S. 215 (*«Sentences of imprisonment will only be compatible with Article 5(1)(a) ECHR if they are imposed by a judge. The possibility of a further judicial review at some point will not be sufficient to meet the demands of the right to freedom from unlawful detention»*); Bericht Bundesrat, S. 1103.

181 TRECHSEL, JR 1981, S. 138 (*«Offenbar wird es als zulässig angesehen, wenn ein Offizier eine Freiheitsstrafe ausfällt, vorausgesetzt, der Betroffene hat die Möglichkeit, ein Gericht anzurufen. Tut er das nicht, so verzichtet er gültig auf eine prozessuale Sicherung»*); DONATSCH, *forum poenale* 2017, S. 164; DONATSCH, ZStrR 112/1994, S. 321 ff. (*«Nach der Rechtsprechung der Konventionsorgane lässt sich die Zulässigkeit des Strafbefehls ... damit begründen, dass diese auf <Schiedsabreden> (jurisdiction arbitrale) bzw. <justizähnlichen Vereinbarungen> (composition) beruhen, mit welchen auf eine gerichtliche Beurteilung im ordentlichen Verfahren verzichtet werde»*); vgl. auch noch THOMMEN, KURZER PROZESS, S. 37 (*«Wie eingangs bereits erwähnt, ist [...] die Richtergarantie von Art. 29a BV verzichtbar»*); überzeugende Kritik bei HUTZLER, N 555 ff. (*«Des Weiteren wurde der effektiv eingelegte Rechtsbehelf der Einsprache für den Ausgleich der Defizite als wertlos angesehen [...], da gerade das Nichtergreifen des Rechtsbehelfs bezweckt wird, also nur die Unterlassung der Einsprache als Sicherung berücksichtigt werden kann»*).

182 Urteil des EGMR 6903/75 vom 27. Februar 1980, *Deweere v. Belgium*, Ziff. 49.

anerkennt aber auch, dass der gerichtlichen Beurteilung grosse Bedeutung zukommt: «[I]n a democratic society too great an importance attaches to the 'right to a court' [...] for its benefit to be forfeited solely by reason of [...] a settlement.»¹⁸³ Ein Verzicht auf die Garantien von Art. 6 EMRK ist daher nur möglich, wenn er im vollen Bewusstsein der Fakten und Konsequenzen (1.), frei von Zwang (2.) und unmissverständlich (3.) erfolgt. Ferner müsse der Verzicht begleitet sein von «*minimum safeguards commensurate with its importance* ...»¹⁸⁴. Solche Mindestgarantien können etwa in der gerichtlichen Überprüfbarkeit (4.) oder dem Recht auf Verteidigung (5.) liegen. Schliesslich darf ein Verzicht auch nicht wichtigen «*public interests*»¹⁸⁵ entgegenlaufen (6.). Im Folgekapitel wird zu beurteilen sein, ob diese Verzichts Voraussetzungen auch auf Art. 5 EMRK übertragbar sind (V.).

1. Informiertheit

Der Verzicht muss «*knowing and intelligent*»¹⁸⁶ sein. In einem Plea Bargain kann nur darauf verzichtet werden, dass die strafrechtlichen Vorwürfe auf ihre Berechtigung überprüft werden (examined on the merits), wenn die Absprache «*in full awareness of the facts of the case and the legal consequences*» erfolgte.¹⁸⁷

Auch das Strafbefehlsverfahren ist ein summarisches Verfahren, in dem auf eine vertiefte Überprüfung der Vorwürfe verzichtet wird.¹⁸⁸ Über die *Fakten* eines Falls ist die Beschuldigte nur umfassend informiert, wenn sie

183 A.a.O., Ziff. 49.

184 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermi v. Italy*, Ziff. 73; Urteil des EGMR 10802/84 vom 25. Februar 1992, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Ziff. 37 («... in the case of procedural rights a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance»); SCHWEIZER, AJP 2013, S. 1388 («Solche Garantien in einem abgekürzten Verfahren sind nach der jüngeren Praxis des EGMR u.a., dass eine betroffene Person nach ihrer eigenen Wahl eine anwaltliche Assistenz beziehen und sich über die Folgen des Verzichts informieren kann, wenn sie erwägt, auf die öffentliche Gerichtsverhandlung, die Ladung von Zeugen, das Recht[,] neue Beweise vorzulegen oder Fragen an die Zeugen der Anklage zu stellen, zu verzichten»).

185 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermi v. Italy*, Ziff. 73 («In addition, it must not run counter to any important public interest»).

186 Urteil des EGMR [GC] 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09 vom 13. September 2016, *Ibrahim and others v. The United Kingdom*, Ziff. 272; Urteil des EGMR [GC] 56581/00 vom 1. März 2006, *Sejdovic v. Italy*, Ziff. 86 f.

187 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 92.

188 THOMMEN, *Kurzer Prozess*, S. 62 ff.; DAPHINOFF, S. 265 («Ausgestaltung des Strafbefehlsverfahrens als summarisches Verfahren ohne Hauptverhandlung»); zum summarischen Verfahren: LÄMMLI, S. 46 f.; HUTZLER, N 132; LOPÉZ, S. 16; zum Verzicht auf vertiefte Überprüfung: RIKLIN, GA 2006, S. 505; RIKLIN, FS-Bolle 2006, S. 123; s.a. HÜRLIMANN, S. 191 f.

die Strafbehörden über den strafrechtlichen Vorwurf in Kenntnis gesetzt haben¹⁸⁹ und sie und ihre allfällige Vertreterin Akteneinsicht¹⁹⁰ hatten. Bei den *rechtlichen* Konsequenzen ist nicht klar, ob der Gerichtshof diese auf den Fall (case) oder den Verzicht (waiver) bezieht. Eine «full awareness» – und damit ein umfassend informierter Verzicht – liegt erst vor, wenn über die rechtlichen Folgen des Falls *und* des Verzichts aufgeklärt wurde. Die Aufklärung über die rechtlichen Konsequenzen des *Falls* umfasst die drohenden Strafen (Geld-, Freiheitsstrafe oder Busse), deren Vollzug (bedingter Aufschub, Probezeit)¹⁹¹ und die Massnahmen (Einziehungen, Kontakt- und Rayonverbote etc.). Aufzuklären ist auch über die Nebenfolgen (Strafregistereintrag, Verfahrenskosten, Parteientschädigungen) und die wichtigen mittelbaren Folgen des Strafbefehls (Führerausweisentzug, ausländerrechtliche Konsequenzen¹⁹² etc.). Die rechtliche Konsequenz des *Verzichts* auf die Einsprache ist, dass der Strafbefehl zum rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteil wird.¹⁹³

Abgesehen davon, dass schriftliche Erläuterungen in Strafbefehlen sich oft nur auf das Verfahren im Allgemeinen und nicht auf den konkreten Fall beziehen, konnte auch gezeigt werden, dass solche Erläuterungen aufgrund

189 Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO («*Polizei oder Staatsanwaltschaft weisen die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hin, dass [...] gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden*»).

190 Art. 101 Abs. 1 StPO – Akteneinsicht («*Die Parteien können spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens einsehen*»).

191 Art. 44 Abs. 3 StGB («*Das Gericht erklärt dem Verurteilten die Bedeutung und die Folgen der bedingten und der teilbedingten Strafe*»).

192 Vgl. etwa Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG – Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen («*erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet*»). Allerdings bestimmt Abs. 2 a.a.O. auch: «*Unzulässig ist ein Widerruf, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat*»; hier OFK Migrationsrecht⁵-SPESCHA, Art. 62 AIG N 18 («*Wo ein ausländischer Täter nur mit einem (staatsanwaltlichen) Strafbefehl bestraft wurde, sodass eine Landesverweisung mangels Zuständigkeit des Staatsanwalts hierfür gar nicht in Betracht fiel, verwehrte Abs. 2 der Migrationsbehörde zwar nicht, das Delikt migrationsrechtlich zu würdigen. Allerdings dürfte eine Subsumtion unter AIG 62 Abs. 1 Bst. c mangels Erheblichkeit des mit Strafbefehl sanktionierten Ordnungsverstosses ausgeschlossen sein*»).

193 Art. 354 Abs. 3 StPO («*Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil*»); krit. SCHWEIZER, AJP 2013, S. 1388 («*Es kann ja wohl nicht sein, dass [...] 95% der «strafrechtlichen Anklagen» im Rechtsstaat Schweiz unter «Verzicht» auf die essenziellen Garantien der Strafjustiz mit einem blossen «Urteilsangebot», das «ja freiwillig» angenommen werden kann, «erledigt» werden*»).

von Lese- und Verständnisproblemen oft nicht verstanden werden.¹⁹⁴ Um solche Defizite überhaupt erkennen und verständlich aufklären zu können, müsste der persönliche Kontakt gesucht werden.¹⁹⁵ Unsere Erhebungen haben indes gezeigt, dass die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person nur in 8% der Fälle vor Erlass des Strafbefehls einvernimmt. In 27% der Fälle findet vor Erlass des Strafbefehls gar keine Einvernahme statt, auch nicht durch die Polizei.¹⁹⁶ Wird nach dem Erlass des Strafbefehls *«Einsprache erhoben, so nimmt die Staatsanwaltschaft die weiteren Beweise ab»* (Art. 355 Abs. 1 StPO). Spätestens zu diesem Zeitpunkt müsste standardmässig eine staatsanwaltliche Einvernahme durchgeführt werden.¹⁹⁷ Allerdings zeigt sich, dass die Staatsanwältinnen auch nach der Einsprache des Beschuldigten nur in jedem fünften Verfahren (19%) eine Einvernahme durchführen.¹⁹⁸

194 Zum Problem des Illettrismus s.a. GILLIÉRON/KILLIAS, S. 391f.; DAPHINOFF, S. 430f. (*«Die Strafbefehle so zu verfassen, dass sie in allen Fällen und von allen Betroffenen verstanden werden, ist kaum zu bewerkstelligen. Umso weniger angesichts der Tatsache, dass fast jeder zehnte Schweizer trotz Schulabschluss weder lesen noch schreiben kann»*); DONATSCH, forumpoenale 2017, S. 164 f.; HAGENSTEIN/ZURBRÜGG, ZStR 130/2012, S. 400f. (*«Die Gründe dafür liegen in der Fremdsprachigkeit der Adressaten, dem (funktionalen) Analphabetismus oder schlicht in der mangelnden juristischen Sachkenntnis»*); RIKLIN, NZZ Nr. 104 vom 6. Mai 2013, S. 20 (*«Der zugestellte Text wird aber in einer beträchtlichen Zahl von Fällen mangels Lesekompetenz (15 Prozent der Bevölkerung leiden an Illettrismus [recte: Illettrismus]), wegen Fremdsprachigkeit oder als Folge geringer Intelligenz nicht verstanden»*); RIKLIN, ZStR 132/2014, S. 258; STÜBI, QFLR 2/2017, S. 17 (*«Geht man nun vom optimistischen Durchschnitt aus, dass 12,8% der Schweizer eine Leseschwäche haben (sei es aufgrund von Illettrismus [recte: Illettrismus] oder Sprachproblemen), wären schon deswegen mindestens 12,8% der akzeptierten Strafbefehle ungültig. Auf Anfrage bestätigte mir die Stiftung SAGS, dass eine Person mit Leseschwäche einen Strafbefehl nicht verstehen würde»*).

195 BERNARD, ZStR 135/2017, S. 137f. (*«Mangels einer persönlichen Einvernahme wird die Staatsanwaltschaft indessen oft nicht erkennen, dass eine Verteidigung notwendig wäre. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass heute zahlreiche Beschuldigte mit Leseschwierigkeiten und ohne Verteidigung auf postalischem Weg – oft ohne vorgängige staatsanwaltliche Einvernahme und ohne ausdrückliche Anerkennung des Sachverhalts – einen Strafbefehl zugestellt bekommen und diesen faktisch nicht verstehen»*); STUDER, ContraLegem 2019, S. 182 (*«Beschuldigte, welche im Rahmen des Verfahrens bzw. vor SB-Erlass nie einvernommen wurden, weisen eine deutlich geringere Wahrscheinlichkeit auf, Einsprache zu erheben»*); s.a. BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 11.

196 THOMMEN/ESCHLE, Ordonnance pénale, Slide 23; DIES., Revision, Slide 36.

197 BSK StPO³-DAPHINOFF, Art. 355 N 3 (*«Als ergänzende Beweisabnahme drängt sich die Einvernahme der beschuldigten Person (und ggf. weiterer Personen) auf. Wurde die beschuldigte Person vor dem Strafbefehlserlass noch nicht einvernommen, so ist spätestens nach der Einsprache eine Einvernahme mit der beschuldigten Person durchzuführen. Deren Befragung muss die Regel sein und standardmässig erfolgen»*).

198 THOMMEN/ESCHLE, Revision, Slide 16; aufgeschlüsselt nach Kantonen: THOMMEN/ESCHLE, Ordonnance pénale, Slide 33.

In zahlreichen Fällen wird die beschuldigte Person somit gar nicht oder nicht von Staatsanwältinnen einvernommen. Solche Einvernahmen würden der Staatsanwaltschaft Gelegenheit geben, den Beschuldigten über den Vorwurf, das Urteil, die Konsequenzen und die Einsprachemöglichkeiten umfassend zu informieren und damit die Grundlage für einen gültigen Verzicht zu schaffen. Weil auch über die Einsprache und ihre Folgen informiert werden muss, ist die erwähnte gesetzlich geduldete Praxis, staatsanwaltschaftliche Einvernahmen auch erst *nach* der Einsprache anzuordnen, auch unter diesem Gesichtspunkt abzulehnen. Die Regelung von Art. 355 Abs. 1 StPO ist jedoch unabhängig vom Problem der bloss nachgeschobenen Aufklärung problematisch, weil die Staatsanwaltschaft mit dem Erlass des Strafbefehls einen potenziell verfahrensabschliessenden Entscheid trifft, ohne den Betroffenen anzuhören.

2. Freiheit

Verzichtserklärungen müssen nach ständiger Rechtsprechung «*in a genuinely voluntary manner*»¹⁹⁹ erfolgen. Der Beschuldigte muss die Garantien «*of his own free will*»²⁰⁰ preisgeben. Insbesondere darf kein Zwang ausgeübt werden.²⁰¹ In *Deweer* wurde unzulässiger Zwang darin gesehen, dass dem Beschwerdeführer die Schliessung seines Ladens drohte.²⁰²

Auch in Strafbefehlsverfahren kann insofern eine Zwangssituation bestehen, als Beschuldigten in polizeilichem Gewahrsam oder in Untersuchungshaft angeboten wird, bei einem Geständnis einen Strafbefehl zu erlassen und die Entlassung anzuordnen.²⁰³ Gerade Personen, die in Untersuchungshaft

199 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 92.

200 Zu Art. 6 EMRK: Urteil des EGMR [GC] 56581/00 vom 1. März 2006, *Sejdovic v. Italy*, Ziff. 86f. («*Neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial*»).

201 Urteil des EGMR 6903/75 vom 27. Februar 1980, *Deweer v. Belgium*, Ziff. 49 («*Absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied*»).

202 Urteil des EGMR 6903/75 vom 27. Februar 1980, *Deweer v. Belgium*, Ziff. 54 («*To sum up, Mr. Deweer's waiver of a fair trial attended by all the guarantees which are required in the matter by the Convention was tainted by constraint. There has accordingly been breach of Article 6 par. 1 (art. 6-1)*»).

203 Vgl. dazu etwa Urteil des BGer 1P.409/2006 vom 14. August 2006, wo der Beschwerdeführer geltend machte, er habe nur deshalb auf Einsprache gegen den Strafbefehl verzichtet, weil er durch die Untersuchungshaft in einer Drucksituation gewesen sei. Zu vergleichbaren Drucksituationen in sog. Schnellrichterverfahren siehe sogleich unten Fn. 211.

sind, droht oft der Verlust ihrer Arbeitsstelle, wenn der Arbeitgeber von der Inhaftierung erfährt. Sie sind somit in einer ähnlichen Zwangslage wie Julius Deweer. Die Staatsanwaltschaft kann den Beschuldigten auch dann «motivieren», einen Strafbefehl zu akzeptieren, wenn bei einer Anklage ein obligatorischer Landesverweis droht.²⁰⁴ Auch hier ist ein Verzicht nicht länger frei.

Bei unseren Erhebungen konnten wir ferner feststellen, dass Staatsanwaltschaften teilweise auf einen Verzicht hinwirken, indem sie den Beschuldigten, die eine Einsprache erhoben haben, ein Schreiben zustellen, in dem sie aufzeigen, dass ein Gerichtsverfahren mit zusätzlichen Kosten und öffentlicher Exponierung in einer Hauptverhandlung bei zugleich geringen Erfolgsaussichten verbunden sei.²⁰⁵ Auch hier kann man sich fragen, inwiefern ein solcher Verzicht noch frei ist. Die Staatsanwaltschaft bewegt sich hier auf einem schmalen Grat zwischen gebotener Aufklärung und verbotener Beeinflussung. Während es zulässig sein muss, in objektiver Weise auf die Kostenfolgen eines Gerichtsverfahrens hinzuweisen,²⁰⁶ darf die Staatsanwaltschaft Beschuldigte nicht dazu drängen, eine Einsprache zurückzuziehen. Das Dilemma könnte man *de lege ferenda* zumindest mit Blick auf die Kosten dadurch umgehen, dass die Kosten für ein Strafbefehlsverfahren mit und ohne gerichtliche Beurteilung gleich hoch angesetzt würden.²⁰⁷ Die Exponierung in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung lässt sich jedoch in keinem Fall vermeiden. Gerade die mit einer öffentlichen Hauptverhandlung verbundenen Unannehmlichkeiten dürften auch verhindern, dass die Einführung einer «flat rate» für Verurteilungen nicht zu einem sprunghaften Anstieg von Einsprachen führen wird.

204 Landesverweisungen nach Art. 66a StGB können nicht in Strafbefehlen ausgefällt werden, weil sie nicht bei den zulässigen Massnahmen aufgeführt sind (Art. 352 Abs. 2 StPO: «Jede dieser Strafen kann mit einer Massnahme nach den Artikeln 66 und 67e-73 StGB verbunden werden»); vgl. BSK StGB⁴-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Vor Art. 66a-66d N 71 f.

205 Wir haben diese «Informationsschreiben» der Staatsanwaltschaften nicht systematisch erhoben, weil für uns zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des Codierungsschemas noch nicht absehbar war, dass diese in der Praxis immer wieder zu Diskussionen Anlass geben. S.a. BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 23 («Es kommt nicht selten vor, dass beschuldigte Personen – auch anwaltlich verteidigte – von der Staatsanwaltschaft explizit auf die Folgekosten einer Einsprache hingewiesen werden. Sodann signalisieren Staatsanwaltschaften den beschuldigten Personen regelmässig, dass eine Einsprache nach eigener Beurteilung nicht sinnvoll und nicht erfolgsversprechend sei. Mit solchen Interventionen nehmen die Staatsanwaltschaften direkt Einfluss auf die Willensbildung der beschuldigten Person»).

206 Vgl. etwa die allgemeinen Informationen des Kantons Bern zu den «Kosten im Strafverfahren» (zsg.justice.be.ch).

207 Zu diesen «Flat rate»-Verurteilungen vgl. THOMMEN, Preis der Gerechtigkeit [AAM], Ziff. 4. Die ursprüngliche Idee zu diesem Vorschlag stammt von meinem Fakultätskollegen, Prof. Dr. iur. Gian Ege, wofür ich ihm an dieser Stelle herzlich danke.

3. Unmissverständlichkeit

Nach ständiger Rechtsprechung hindert weder der Wortlaut noch der Geist von Artikel 6 der Konvention eine Person daran, aus freien Stücken, sei es ausdrücklich oder stillschweigend («*expressly or tacitly*»²⁰⁸), auf die Garantien eines fairen Verfahrens zu verzichten.²⁰⁹ Der Verzicht muss jedoch unmissverständlich («*unequivocal*») sein.²¹⁰

Ob ein Verzicht auf unzweideutige Weise erklärt worden ist, lässt sich grundsätzlich dort einfacher beurteilen, wo er *explizit* verbal geäußert oder schriftlich festgehalten wurde, weil man dann eine Erklärung hat, die der Auslegung zugänglich ist. Im Strafbefehlsverfahren liegt dann ein expliziter Verzicht auf gerichtliche Beurteilung vor, wenn die beschuldigte Person entweder einen schriftlichen Einspracheverzicht einreicht oder ausdrücklich zu Protokoll erklärt, dass sie auf Einsprache verzichtet. Ein expliziter Verzicht auf Einsprache findet sich in der Praxis etwa in Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft eine Haftentlassung resp. in «Schnellrichter-Fällen»²¹¹ den Verzicht auf einen Haftantrag in Aussicht stellt für den Fall, dass ein Strafbefehl akzeptiert wird. Im Extremfall wird in einem solchen Verfahren vom Beschuldigten auch gleich noch ein expliziter Verzicht auf Einsprache verlangt.²¹² Ein solcher Verzicht mag zwar unmissverständlich («*unequivocal*»), dürfte jedoch in den wenigsten Fällen frei sein.

208 Zu *express* und *tacit waivers*: Urteil des EGMR 11855/85 vom 21. Februar 1990, *Håkansson and Stureson v. Sweden*, Ziff. 67 («*No express waiver was made in the present case. The question is whether there was a tacit one*»).

209 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermi v. Italy*, Ziff. 73.

210 Urteil des EGMR 10802/84 vom 25. Februar 1992, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Ziff. 37 («*According to the Court's case-law, the waiver of a right guaranteed by the Convention – insofar as it is permissible – must be established in an unequivocal manner*»).

211 Auch «ständiger Transport» genannt, vgl. BOLL/FLACHSMANN, S. 9f. («*Das «Erfolgsgeheimnis» des Schnellrichters bestand nämlich darin, dass die Strafbefehle in der Regel innerhalb von ein bis drei Stunden nach der Verhaftung ausgehändigt werden konnten. [...] Die einrückenden Polizeibeamten erstellten sofort ihren Rapport, welche sich auf das Minimum beschränkte, die polizeilichen Wahrnehmungen, die Sicherstellungen und die Aussagen des Verhafteten. Der Rapport wurde dem Staatsanwalt übergeben, welcher sogleich mit der Einvernahme startete, anschliessend den Strafbefehl schrieb und aushändigte. [...] Auch der administrative Aufwand konnte drastisch reduziert werden: Möglichkeit für Rückfragen beim handelnden Funktionär, welcher immer noch im Einsatz war, keine Vorladungen zur staatsanwaltschaftlichen Einvernahme, keine polizeiliche Vorführung von sehr häufig unentschuldigt nicht erschienenen Drogenkonsumenten, bei Kleinhändlern keine Anordnung von Untersuchungshaft nötig, rasche Rechtskraft des Strafbefehls»); z.R. krit. diff. ALBRECHT, AJP 2004, S. 899 ff.*

212 Vgl. Urteil des BGER 1P.409/2006 vom 14. August 2006, wo geltend gemacht wurde, «*die Verzichtserklärung sei einzig aufgrund der durch die Untersuchungshaft entstandenen Drucksituation und in Unkenntnis der Sachlage erfolgt*».

Für die Gültigkeit eines *impliziten* Verzichts verlangt der Gerichtshof, dass die beschuldigte Person «*could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be*»²¹³. Der EGMR verweist hier darauf zurück, dass der Verzicht informiert sein müsse. Das ist insofern unbeholfen, als für explizite und implizite Verzichte gleichermaßen gilt, dass sie auf informierter und freier Entscheidung beruhen müssen. Der entscheidende Unterschied zwischen expliziten und impliziten Verzichten liegt weder in ihrer Freiheit noch in ihrer Informiertheit, sondern vielmehr in ihrer Beweisbarkeit: Während beim expliziten Verzicht eine Erklärung vorliegt, die interpretiert werden kann, muss beim impliziten Verzicht aus einem bestimmten Verhalten geschlossen werden können, dass die beschuldigte Person auf ein Verfahrensrecht verzichtet.

Das Problem lässt sich am Strafbefehlsverfahren gut aufzeigen. Hier gibt es verschiedene Konstellationen impliziter Verzichte. In neun von zehn Fällen erfolgt der Verzicht auf eine gerichtliche Beurteilung *implizit* dadurch, dass der Beschuldigte innerhalb der Zehntagesfrist *keine Einsprache* erhebt (Art. 354 Abs. 3 StPO).²¹⁴ Hier impliziert das Nichtstun, dass keine gerichtliche Beurteilung gewünscht wird. Eine solche Inaktivität kann dem Beschuldigten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur dann als Verzicht angerechnet werden, wenn ihm klar war, dass er das Recht hat, eine gerichtliche Beurteilung zu verlangen, und er dieses verliert, wenn er innert zehn Tagen nichts unternimmt.

Ein ebenfalls häufiger Fall des Verzichts betrifft den Rückzug einer Einsprache. Jede dritte Einsprache wird zurückgezogen.²¹⁵ Sofern der beschuldigten Person von ihrer Verteidigung oder von der Staatsanwaltschaft die Chancen und (Kosten-)Risiken einer gerichtlichen Beurteilung objektiv aufgezeigt wurden und sie dann darauf verzichtet, an ihrer Einsprache festzuhalten, ist man auf den ersten Blick versucht, die Rückzugserklärung als expliziten Verzicht einzustufen. *Cum grano salis* wird hier allerdings nur explizit auf die Einsprache verzichtet, was bloss impliziert, dass es nicht zu einer

213 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermit v. Italy*, Ziff. 74 («*The Court has held that where a person charged with a criminal offence has not been notified in person, it cannot be inferred merely from the fact that he has been declared latitante (that is to say, wilfully evading the execution of a warrant issued by a court), relying on a presumption with an insufficient factual basis, that he has waived his right to appear at the trial and defend himself (see Colozza, cited above, § 28). It has also had occasion to point out that before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under Article 6 of the Convention it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be*»).

214 THOMMEN/ESCHLE, *Ordonnance pénale*, Slide 27.

215 THOMMEN/ESCHLE, *Revision*, Slide 30f. («*36% der Einsprachen werden zurückgezogen*»); m.w.H. zum Rückzug: DAPHINOFF, S. 614 ff.

gerichtlichen Beurteilung kommen wird. Wenn die Verteidigung und/oder die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten die Folgen seines Rückzugs klar vor Augen geführt haben, wäre ein solcher impliziter Verzicht nach der Strassburger Rechtsprechung grundsätzlich gültig.

Ein ganz anderes Problem ist, dass seit dem 18. Januar 2023 nicht mehr klar ist, was die Folgen eines Einspracherückzugs sind. Bis dahin galt er als unmissverständlicher Verzicht auf eine gerichtliche Beurteilung. In BGE 149 IV 50 hat das Bundesgericht dann jedoch festgehalten, dass die *«Verfügungsmacht über die Einsprache [...] der beschuldigten Person bis zum Entscheid der Staatsanwaltschaft über den Fortgang des Verfahrens entzogen»* ist.²¹⁶ Folgt man dieser Rechtsprechung, dann kann nicht länger auf eine gerichtliche Beurteilung verzichtet werden, indem die Einsprache zurückgezogen wird.²¹⁷

216 BGE 149 IV 50 – Regeste (*«Die beschuldigte Person kann die Einsprache nur zurückziehen, wenn die Staatsanwaltschaft nach Abnahme der Beweise am ursprünglichen Strafbefehl festhält. Die Verfügungsmacht über die Einsprache ist der beschuldigten Person bis zum Entscheid der Staatsanwaltschaft über den Fortgang des Verfahrens entzogen»*).

217 Dieser (apodiktische) Entscheid wird erst verständlich, wenn man sich die zu beurteilenden Fakten vor Augen führt. Ein Automobilist wurde *«geblitzt»*. Die Radarmessung ergab einen Geschwindigkeitsexzess von 49 km/h. In Anwendung von Art. 90 Abs. 2 SVG (Vergehen) wurde eine bedingte Geldstrafe von 180 Tagessätzen à 70 Franken per Strafbefehl ausgefällt. Der Automobilist erhob Einsprache und stellte die Messgenauigkeit des Radargeräts in Frage. Die Staatsanwaltschaft gab ein Gutachten in Auftrag. Dieses ergab einen Geschwindigkeitsexzess von 50 km/h. Die Staatsanwaltschaft erhob in der Folge – trotz Rückzugs der Einsprache durch den Beschuldigten – Anklage wegen Art. 90 Abs. 3 SVG (Verbrechen). Das Gericht verurteilte ihn zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwölf Monaten. Der Entscheid gibt aus mindestens drei Gründen Anlass zur Kritik: Erstens ignoriert er eine ganz verbreitete gelebte Praxis. Über ein Drittel aller Einsprachen wird zurückgezogen. Die Praxis akzeptiert diese Rückzüge als Verzicht auf eine gerichtliche Beurteilung und lässt die Strafbefehle in Rechtskraft erwachsen. Zweitens widerspricht die Feststellung, dass der beschuldigten Person die *«Verfügungsmacht über die Einsprache»* entzogen sei, dem Gesetz: Nach Art. 355 Abs. 2 StPO gilt die *«Einsprache als zurückgezogen»*, wenn eine beschuldigte Person einer Einvernahme, nach Art. 356 Abs. 4 StPO, wenn sie einer erstinstanzlichen Hauptverhandlung unentschuldig fernbleibt. Drittens haben die Strafbehörden im vorliegenden Entscheid treuwidrig (Art. 9 BV) gehandelt. Das Bundesgericht wollte es dem Staatsanwalt ermöglichen, bei veränderter Sachlage statt eines Strafbefehls eine belastendere Anklage zu erheben. Eine solche Reformatio in peius ist im Strafbefehlsverfahren nur zulässig, wenn die Staatsanwaltschaft den exakteren Beweis nicht bereits vor dem Strafbefehlserlass hätte erheben können, weil nicht der Beschuldigte, sondern der Staatsanwalt das Risiko einer summarischen Ermittlung zu tragen hat (eingehend THOMMEN/DIETHELM, ZStrR 133/2015, S. 151 ff.). Vorliegend hätte die Staatsanwaltschaft die exakte Messung bereits vor Erlass des Strafbefehls anordnen können. Nach Treu und Glauben hätte sie dem beschuldigten Automobilisten deshalb vor Anklageerhebung die Gelegenheit einräumen müssen, seine Einsprache zurückzuziehen. RA Dr. iur. Moritz Oehen hat dieser Lösung entgegengehalten, dass für die Staatsanwaltschaft zunächst kein Anlass bestanden habe, die Messgenauigkeit des Radargeräts einer (teuren) gutachterlichen Überprüfung zu unterziehen. Gleichwohl müssen Einsprachen

Ein *impliziter* Verzicht auf eine gerichtliche Beurteilung kann in Strafbefehlsverfahren schliesslich noch auf zwei weiteren Wegen zustande kommen: Wenn der Beschuldigte Einsprache erhebt, zu einer Einvernahme vorgeladen wird und dieser *Einvernahme* unentschuldigt fernbleibt, dann gilt seine Einsprache als zurückgezogen (Art. 355 Abs. 2 StPO). Die gleiche Rechtsfolge tritt ein, wenn der Einsprache erhebende Beschuldigte der *erstinstanzlichen Hauptverhandlung* unentschuldigt fernbleibt (Art. 356 Abs. 4 StPO). Beim Fernbleiben gilt die Einsprache, die den Weg zum Gericht ebnen soll, als zurückgezogen. Diese «Rückzugsfiktionen» werden seit Langem und zu Recht kritisiert.²¹⁸ Bei der Frage, ob ein unmissverständlicher Verzicht vorliegt, stellt der Gerichtshof wie dargelegt auf die Informiertheit des Verzichtenden ab.²¹⁹ Ein Fernbleiben von einer Einvernahme oder Hauptverhandlung dürfte nach der Strassburger Rechtsprechung deshalb nur unter der doppelten Voraussetzung als unmissverständliche Verzichtserklärung gedeutet werden, dass dem Beschuldigten erstens bewusst war, dass er ein Recht auf gerichtliche Beurteilung hat, und zweitens, dass er dieses Recht bei unentschuldigter Abwesenheit verliert.²²⁰ Ein solcher Nachweis kann am besten geführt werden, indem die beschuldigte Person auf ihre Rechte aufmerksam gemacht und dies protokolliert wird. Selbst wenn jedoch nachgewiesen werden kann, dass die beschuldigte Person vorgängig über die Konsequenzen einer nicht befolgten Vorladung zu einer Einvernahme oder Gerichtsverhandlung hinreichend und verständlich informiert wurde, lässt ein solch implizites Verzichtsverhalten immer noch viel Raum für Missverständnisse offen. So bleibt bei einer versäumten Einvernahme in aller Regel unklar, ob der Aussagegehalt ist: *«Ich habe keine Entschuldigung für mein Fernbleiben»*, *«Ich ziehe meine*

zurückgezogen werden können, womit der Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen würde. Die vom Beschuldigten verursachten Gutachterkosten könnten ihm – nach dem Verursacherprinzip – separat überwältzt werden. S.a. BSK StPO³-DAPHINOFF, Art. 356 N 26 ff. (*«Diese Rechtsprechung gibt Anlass zu Kritik und ist abzulehnen. Einerseits überzeugt sie nicht mit Blick auf Art. 355 Abs. 2, der besagt, dass die Einsprache bei unentschuldigtem Fernbleiben des Einsprechers von der Einvernahme als zurückgezogen gilt. [...] Andererseits führt die Rechtsprechung zu mehr Rechtsunsicherheit und zu mehr administrativem Aufwand»*).

218 BSK StPO³-DAPHINOFF, Art. 355 N 12; dennoch blieben sie von der Revision der Strafprozessordnung mit der «überzeugenden» Begründung verschont, dass sie sich in der Praxis bewährt hätten, dazu THOMMEN/ESCHLE/WALSER, *Revision*, N 8.23; s.a. ZIHLMANN, *passim*.

219 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermi v. Italy*, Ziff. 74.

220 Vgl. auch BGE 140 IV 82 Regeste (*«Die gesetzliche Fiktion, wonach bei unentschuldigtem Fernbleiben die Einsprache gegen den Strafbefehl als zurückgezogen gilt, gelangt nur zur Anwendung, wenn der Einsprecher tatsächlich Kenntnis von der Vorladung und damit auch von den Säumnisfolgen hat»*).

Einsprache zurück» oder *«Ich verzichte auf gerichtliche Beurteilung»*. Nur die letztere Aussage wäre als gültiger Verzicht auf den konventionsrechtlichen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einzustufen.

4. Überprüfbarkeit

Der Gerichtshof verlangt, dass der Verzicht auf Verfahrensrechte von *«minimum safeguards commensurate with its importance»* begleitet sein muss.²²¹ Eine solche Mindestgarantie könnte auf den ersten Blick darin gesehen werden, dass die Rechtsprechung verlangt, dass zumindest die *Möglichkeit* bestehen muss, das Urteil der Staatsanwaltschaft an ein Gericht weiterzuziehen.²²² Bei genauerem Hinsehen zeigt sich indes, dass es hier nicht um eine begleitende Absicherung, sondern um eine Vorbedingung des Verzichts geht: Nur wenn ein Zugang zum Gericht besteht, kann überhaupt darauf verzichtet werden.

Im schweizerischen Strafbefehlsverfahren besteht nicht in jedem Fall die Möglichkeit, eine gerichtliche Beurteilung herbeizuführen. Wie eingangs erwähnt, geht der Strafbefehl nach einer Einsprache zunächst zurück zur Staatsanwaltschaft. Sie *kann* sodann am Strafbefehl festhalten und diesen an das Gericht überweisen,²²³ aber sie *muss* dies nicht tun. Sie kann auch einen

221 Urteil des EGMR [GC] 25703/11 vom 20. Oktober 2015, *Dvorski v. Croatia*, Ziff. 100 (*«The Court has held that neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial. However, such a waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner; it must not run counter to any important public interest [...], and it must be attended by minimum safeguards commensurate with its importance»*).

222 Urteil des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk v. Germany*, Ziff. 56 (*«Article 6 § 3 (e) (art. 6-3-e) was thus applicable in the instant case [...] Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6»*).

223 Art. 355 Abs. 1 StPO (*«Wird Einsprache erhoben, so nimmt die Staatsanwaltschaft die weiteren Beweise ab, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind.»*); Art. 355 Abs. 3 lit. a StPO (*«Nach Abnahme der Beweise entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob sie [...] am Strafbefehl festhält»*); Art. 356 Abs. 1 StPO (*«Entschliesst sich die Staatsanwaltschaft, am Strafbefehl festzuhalten, so überweist sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens. Der Strafbefehl gilt als Anklageschrift»*); vgl. hierzu auch BGE 149 IV 50 E. 1; DONATSCH, *forum poenale* 2017, S. 165 f. (*«Die skizzierte Regelung bei der Einsprache gegen den Strafbefehl stellt deshalb eine Besonderheit dar, weil nach der Erhebung der Einsprache eine Art Schwebezustand herrscht»*).

neuen Strafbefehl erlassen,²²⁴ der dann wiederum der Einsprache unterliegt. Dieses Vorgehen, nach Einsprachen einen neuen Strafbefehl zu erlassen, kann die Staatsanwaltschaft beliebig oft wiederholen. Auch wenn dies *de facto* selten vorkommt, hat die Staatsanwaltschaft *de iure* die Möglichkeit, dem Beschuldigten den Weg zum Gericht dauerhaft abzuschneiden.²²⁵ Der Beschuldigte im schweizerischen Strafbefehlsverfahren ist somit nicht uneingeschränkt in der Lage, *«to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6»*^{226, 227} Das Einspracheverfahren ist somit bereits in seiner gesetzlichen Ausgestaltung nicht konventionskonform.

5. Verteidigung

Eine weitere Minimalgarantie (*«minimum safeguard»*) könnte darin liegen, die Verzichtserklärung dadurch abzusichern, dass dem Beschuldigten hinreichende Verteidigungsrechte gewährt werden.²²⁸ So hat der Gerichtshof in

224 Art. 355 Abs. 3 lit. c StPO (*«Nach Abnahme der Beweise entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob sie [...] einen neuen Strafbefehl erlässt»*); ENESCU, *Journal of Legal Studies*, vol. 26, issue 40, 2020, S. 134; DAPHINOFF, S. 555.

225 Zum historischen Hintergrund und zur Kritik dieses wiedererwägenden Einspracheverfahrens: THOMMEN, *Kurzer Prozess*, S. 124 ff. (*«Ab 1992 war es den Zürcher Bezirksanwälten aufgrund eines Kreisschreibens erlaubt, Strafbefehle ohne Einvernahme zu erlassen. Bei Einsprachen wurden die Strafbefehle unmittelbar zur Anklage. Damit fehlte es aber an der Einvernahme des Beschuldigten als wichtigster Untersuchungshandlung. Dieses Dilemma wurde zunächst mit einem Anklagerückzug zwecks ‚Ergänzung‘ der Untersuchung gelöst. 1995 wurden die Untersuchungsergänzung und die Wiedererwägung in das Einspracheverfahren eingefügt. Dieses Beispiel zeigt, welche Folgegefahren in nicht durchdachten Verfahrensrationalisierungen lauern. Auf den ersten Blick erscheint es sinnvoll, die Untersuchung mit einer Einvernahme zu vervollständigen. Damit wird abgesichert, dass der Beschuldigte nicht erst vor Gericht zum ersten Mal förmlich befragt wird. Bei genauerem Hinsehen stellt dieser Ablauf des Einspracheverfahrens den Beschuldigten aber schlechter. Die Wiedererwägung schafft die Gefahr einer systematischen Verletzung der Unschuldsvermutung. Der Strafbefehl geht nach der Einsprache in jedem Fall zuerst zurück zur Untersuchungsbehörde und eröffnet ihr wiederum alle Optionen. Nach altem Recht wirkte das blosse Drohen einer Einsprache bereits disziplinierend. Neu hatte der Bezirksanwalt nicht mehr zu fürchten, für unsorgfältige oder ‚in dubio contra reo‘ [recte: reum] erlassene Strafbefehle in die Schranken gewiesen zu werden, zumal er vor der gerichtlichen Kontrolle noch Gelegenheit zur Überarbeitung erhielt. Die präventive Steuerungswirkung der Einsprache war entfallen»*).

226 Urteil des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk v. Germany*, Ziff. 56.

227 Das verkennt SCHRÖDER, *BJM* 2015, S. 79 (*«Das verurteilende Erkenntnis der Staatsanwaltschaft steht unter dem Vorbehalt, dass der Beschuldigte sich dem Urteilspruch unterzieht. Will er dies nicht, kann er mit einfacher Erklärung die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangen»*).

228 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermi v. Italy*, Ziff. 73 (*«such a waiver must [...] be attended by minimum safeguards commensurate with its importance»*); Urteil

Salduz, wo es um den Verzicht auf das Schweigerecht ging,²²⁹ festgehalten, dass der Beschuldigte gerade in den frühen Phasen der Untersuchung besonders verletzlich sei, weshalb «[e]arly access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard»²³⁰.

Die rechtliche Situation in der Schweiz ist eindeutig: Beschuldigte haben das Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde»²³¹: Polizei oder Staatsanwaltschaft weisen die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme darauf hin, dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen. Einvernahmen ohne diesen Hinweis sind nicht verwertbar (Art. 158 StPO). Es gibt somit einen Rechtsanspruch auf einen «early access to a lawyer»²³². Darüber hinaus sieht das schweizerische Recht für gewisse Fälle zwingend eine Verteidigung vor. Für den Bereich der Strafbefehle relevant sind einerseits die amtliche Verteidigung mittelloser Beschuldigter, denen in rechtlich oder tatsächlich komplexen Fällen Freiheitsstrafen von mehr als vier Monaten oder Geldstrafen von über 120 Tagessätze drohen (Art. 132 StPO), und andererseits die notwendige Verteidigung (Art. 130 StPO) nach 10 Tagen Untersuchungshaft (lit. a) oder etwa bei illettristischen Beschuldigten (lit. c).²³³

Faktisch zeigt sich in der Praxis jedoch das folgende Bild: Die Verteidigungsquote in Strafbefehlsverfahren beträgt bei Verbrechen und Vergehen rund 8%. Knapp die Hälfte dieser Verteidigerinnen kommt erst mit oder nach der Einsprache ins Verfahren.²³⁴ Sie stehen der beschuldigten Person somit nicht von

des EGMR 10802/84 vom 25. Februar 1992, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Ziff. 37 («minimum guarantees»); s.a. SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 310 («However, such amendments need to be accepted by the defendant, the defence counsel and the prosecutor. [...] The ECtHR held that [...] a waiver had to be accompanied by minimum safeguards commensurate with its importance»).

229 Urteil des EGMR [GC] 3691/02 vom 27. November 2008, *Salduz v. Turkey*, Ziff. 59 («Thus, in the present case, no reliance can be placed on the assertion in the form stating his rights that the applicant had been reminded of his right to remain silent»).

230 Urteil des EGMR [GC] 3691/02 vom 27. November 2008, *Salduz v. Turkey*, Ziff. 54.

231 BSK² StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 1 («Art. 159 Abs. 1 regelt den sog. «Anwalt der ersten Stunde». Darunter versteht man die Teilnahme der Verteidigung ab der ersten Einvernahme der angeschuldigten Person, also bereits im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens»); DAPHINOFF, S. 386 («Der Verteidiger der ersten Stunde darf bereits bei der ersten Einvernahme der beschuldigten Person anwesend sein und schon vor der Einvernahme mit der beschuldigten Person (durch die Polizei unbeaufsichtigt) sprechen, was einen wesentlichen Ausbau der Verteidigungsrechte und einen Fortschritt darstellt»).

232 Key Theme Article 6 ECHR, S. 2.

233 Zu den verschiedenen Formen der Verteidigung im Strafbefehlsverfahren LICHTENBERGER, S. 18 ff.; zur Prävalenz notwendiger Verteidigung im Strafbefehlsverfahren THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, Fn. 11 («Fälle notwendiger Verteidigung nach Art. 130 lit. a (mind. 10 Tage Untersuchungshaft) gab es immerhin 21 (0,7%)»).

234 Nach unseren Erhebungen kommen vier von zehn Verteidigern «erst mit oder nach der Einsprache ins Verfahren» (THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.9).

Anfang an zur Seite. Weniger als zwei von hundert beschuldigten Personen haben eine amtliche Verteidigung.²³⁵ Selbst wenn eine unbedingte Freiheitsstrafe im Strafbefehl ausgesprochen wird, ist nur jeder achte Beschuldigte verteidigt.²³⁶ Wenn man sich vor Augen hält, dass der Gerichtshof immer wieder betont, dass die Konvention Rechte garantieren will, die «*practical and effective and not theoretical and illusory*»²³⁷ sind, dürfte er bei einer solch mageren Quote wohl zum Schluss kommen, dass die Verteidigung in der schweizerischen Strafbefehlspraxis keine Mindestgarantie darstellt, die zur Bedeutung des Verzichts auf die gerichtliche Beurteilung in einem vernünftigen Verhältnis steht («*minimum safeguard commensurate to its importance*»²³⁸).

6. Öffentliche Interessen

Als letzte Schranke darf der Verzicht keinen wichtigen öffentlichen Interessen zuwiderlaufen.²³⁹ Ein öffentliches Interesse, das dem Verzicht auf gerichtliche Beurteilung entgegenstehen könnte, ist die Justizkontrolle. Die *Justizkontrolle* wird durch Art. 6 Abs. 1 EMRK abgesichert. Nach der Rechtsprechung umfasst der Öffentlichkeitsgrundsatz zwei Aspekte: die öffentliche Gerichtsverhandlung und die öffentliche Verkündung von Urteilen.²⁴⁰

235 Nach unseren aktuellen Berechnungen sind 1,5% amtlich und 6,5% erbeten verteidigt, was insgesamt eine Verteidigungsquote von 8% ergibt (THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N8.9); vgl. in der Verteilung noch leicht abweichend THOMMEN, *Penal Orders and Abbreviated Proceedings*, Ziff. II.5 («*In penal order proceedings, only 8 per cent of the accused are defended. 6 per cent are defended by a requested defence counsel, 2 per cent have a legal aid defence counsel. Domestic defendants are defended more frequently than foreign defendants*»).

236 Bei unbedingten Freiheitsstrafen sind 12% der Beschuldigten verteidigt, betrachtet man die bedingten und unbedingten Freiheitsstrafen beträgt die Verteidigungsquote 14%.

237 Urteil des EGMR [GC] 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09 vom 13. September 2016, *Ibrahim and others v. The United Kingdom*, Ziff. 272; s.a. die Formulierung in Urteil des EGMR 8209/78 vom 22. Februar 1984, *Sutter v. Switzerland*, Ziff. 27 («*The prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial impels the Court, for the purposes of the review which it has to undertake in this area, to examine the realities of the procedure in question*»).

238 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermi v. Italy*, Ziff. 73

239 Urteil des EGMR [GC] 10249/03 vom 17. September 2009, *Scoppola v. Italy*, Ziff. 135; Urteil des EGMR 11855/85 vom 21. Februar 1990, *Håkansson and Stureson v. Sweden*, Ziff. 66; Urteil des EGMR [GC] 56581/00 vom 1. März 2006, *Sejdovic v. Italy*, Ziff. 86.

240 Urteil des EGMR 24954/94, 24971/94; 24972/94 vom 25. Juli 2000, *Tierce and Others v. San Marino*, Ziff. 93 («*The principle of the public nature of court proceedings entails two aspects: the holding of public hearings and the public delivery of judgments*»).

Die *Verhandlungsöffentlichkeit* schütze in erster Linie den Angeklagten vor Geheimjustiz.²⁴¹ In der Praxis ist eine solche «Kabinettsjustiz»²⁴² nur selten die Sorge der Angeklagten. Sie haben vielmehr ein grosses Interesse daran, nicht in einer öffentlichen Verhandlung blossgestellt zu werden. Angeklagte verzichten deshalb in aller Regel gerne auf eine öffentliche Verhandlung.²⁴³ Hier stellt sich nun die Frage, ob diesem Verzicht wichtige öffentliche Interessen entgegenstehen. Nach der Rechtsprechung geht es bei der Verhandlungsöffentlichkeit auch darum, eine Kontrolle *durch* die Öffentlichkeit sicherzustellen.²⁴⁴

241 Urteil des EGMR 35115/97 vom 14. November 2000, *Riepan v. Austria*, Ziff. 27 («*The Court reiterates that the holding of court hearings in public constitutes a fundamental principle enshrined in paragraph 1 of Article 6. This public character protects litigants against the secret administration of justice with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained*»); diff. dazu TRECHSEL/SUMMERS, S. 120.

242 BGE 134 I 286 E. 5.1.

243 THOMMEN, *Penal Orders and Abbreviated Proceedings*, Ziff. II («*Penal orders are very popular. Criminal justice authorities appreciate their efficiency; defendants appreciate their discretion*»); TRECHSEL/SUMMERS, S. 121 f. («*For many accused persons a public trial is likely to be a negative experience. Indeed, media interest and reporting may prove more detrimental to the accused than a fine or a suspended prison sentence*»); m.w.H. auf HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 194; STOLL, S. 32; RIEDO/FIOLKA, *forumpoenale* 2011, S. 157 f. («*Die Durchführung eines den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügenden Verfahrens, also einer Hauptverhandlung, ist für den Beschuldigten jedoch in der Praxis in erster Linie mit Kosten und Unannehmlichkeiten verbunden. Das Strafbefehlsverfahren hat also für den Beschuldigten durchaus seine Vorteile*»). Gegenbeispiel: Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finland*, Ziff. 23 («*According to the applicant his case required, both under the domestic legislation and under Article 6 of the Convention, a mandatory oral hearing owing to his need for legal protection and the fact that the credibility of witness statements played a significant role in the determination of the case. According to the applicant the matter did not concern only 308.80 euros (EUR), but altogether a financial liability of EUR 7,374.92. The applicant maintained that the lack of an oral hearing de facto placed the burden of proof on him. He also emphasised the importance of the threat of the punishment and the impact on his business from having to pay unjustified taxes with no legal basis*»); BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 22 («*Andererseits muss es der Beschuldigte nicht über sich ergehen lassen, (öffentlich) für seine Taten zur Verantwortung gezogen zu werden.*»).

244 Der Strafbefehl weist schwerwiegende Schwachpunkte auf, Beitrag auf *humanrights.ch* vom 5. Dezember 2019 («*Dies erlaubt der Allgemeinheit eine minimale Kontrolle der Justiz und ihrer Rechtsprechung*»); vertieft zum Verhältnis von Strafbefehlen und Öffentlichkeit MULTERER, *recht* 2017, S. 23 ff. («*Mangels öffentlicher Hauptverhandlung beim Strafbefehl steht der Gesellschaft, mit Ausnahme der Einsicht in die Strafbefehle selber, praktisch keine Möglichkeit mehr offen, die ihnen [recte: ihr] durch das Öffentlichkeitsprinzip zugestandenem Rechte bei der überwiegenden Mehrheit aller Strafverfahren zu realisieren*»); einen wichtigen Beitrag zur Kontrolle durch die Öffentlichkeit leisten insbesondere auch die Medien, indem sie die Öffentlichkeit über Straffälle informieren, allerdings sind die unterschiedlichen kantonalen Gesetzgebungen betreffend Einsicht in Strafbefehle für die mediale Berichterstattung problematisch, siehe hierzu HASLER, *Medialex* 2015, S. 20 f. («*Das Bemühen um Einheitlichkeit blieb in einer Hinsicht auf der Strecke: Der Gesetzgeber verzichtete in Bezug auf die Gerichtsberichterstattung*

Eine solche «Public Scrutiny» stärke das Vertrauen in die Gerichte.²⁴⁵ Dieser Aspekt der Justizkontrolle steht einem Verzicht entgegen. Da Interessen der Allgemeinheit betroffen sind,²⁴⁶ fehlt dem Beschuldigten insofern die Dispositionsbefugnis.²⁴⁷ Darauf ist sogleich zurückzukommen (V.).

Mit der öffentlichen *Urteilsverkündung* wird abgesichert, dass die Allgemeinheit erfährt, wie das Strafverfahren geendet hat (Frei- oder Schuldspruch, Sanktionen etc.). Auch hier geht es um die Kontrolle der Gerichte durch die Allgemeinheit.²⁴⁸ Im Strafbefehlsverfahren findet keine öffentliche Urteilsverkündung statt. Das Gesetz schreibt jedoch vor, dass interessierte Personen in Strafbefehle Einsicht nehmen können (Art. 69 Abs. 1 StPO).²⁴⁹ Der Beschuldigte kann somit auch im Strafbefehlsverfahren nicht verhindern, dass seine Verurteilung publik wird. Die Allgemeinheit hat so die Möglichkeit, die Strafbehörden zu kontrollieren. Diese Regelung dürfte der Strassburger

auf ein einheitliches Regelwerk. Art. 72 StPO überlässt es dem Bund und den Kantonen, «die Zulassung sowie die Rechte und Pflichten der Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter [zu] regeln. Das hat zu einem Wildwuchs geführt, der sich allenfalls kulturell, jedenfalls nicht mehr sachlich nachvollziehen, geschweige denn begründen lässt. [...] Die Arbeit der Gerichtsberichterstattenden wird im Vorfeld und während einer Verhandlung teilweise schikanös erschwert, eine seriöse Berichterstattung praktisch verunmöglicht») und SIMMLER, ZStR 138/2020, S. 211 ff.

245 Urteil des EGMR 35115/97 vom 14. November 2000, *Riepan v. Austria*, Ziff. 27 («*The Court reiterates that the holding of court hearings in public constitutes a fundamental principle enshrined in paragraph 1 of Article 6. This public character protects litigants against the secret administration of justice with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained*»).

246 DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, vol. 1, S. 2; s.a. WEIGEND, S. 209.

247 THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 119.

248 Urteil des EGMR 7984/77 vom 8. Dezember 1983, *Pretto and others v. Italy*, Ziff. 27 («*[T]he object pursued by Article 6 §1 (art. 6-1) in this context – namely, to ensure scrutiny of the judiciary by the public with a view to safeguarding the right to a fair trial – is, at any rate as regards cassation proceedings, no less achieved by a deposit in the court registry, making the full text of the judgment available to everyone, than by a reading in open court of a decision dismissing an appeal or quashing a previous judgment, such reading sometimes being limited to the operative provisions*»).

249 Vgl. etwa Weisungen der OSTA/ZH, Ziff. 8.4.1. («*Einsicht in Strafbefehle: Interessierten Personen ist Einsicht in Strafbefehle zu gewähren, es sei denn schützenswerte Interessen von beteiligten Personen (vor allem von Opfern) stehen dem Interesse entgegen. [...] Nach Feststellung der Rechtskraft können interessierte Personen (nach telefonischer Anmeldung) während dreissig Tagen auf den Amtsstellen der Staatsanwaltschaften unter Aufsicht kostenlos Einsicht in von ihnen bezeichnete Strafbefehle nehmen. Kopien werden keine erstellt. Es dürfen keine Fotos erstellt werden*»); SIMMLER, ZStR 138/2020, S. 212 («*Art. 69 Abs. 2 StPO normiert sodann auch – trotz der Ausnahme des Strafbefehlsverfahrens vom Öffentlichkeitsprinzip – den strafprozessrechtlichen Grundsatz, dass interessierte Personen immerhin in die Strafbefehle selbst, d.h. das Resultat dieser Verfahren, Einsicht nehmen können*»).

Rechtsprechung genügen.²⁵⁰ Mit Blick auf die Urteilsverkündung stehen dem Verzicht keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegen.

7. Zwischenfazit

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass Strafbefehlsverfahren in der Schweiz vom Bundesgesetzgeber und Bundesgericht für zulässig gehalten werden, weil der Beschuldigte, indem er keine Einsprache erhebt, auf eine Beurteilung durch ein Gericht verzichtet.²⁵¹ Der EGMR lässt den Verzicht auf Verfahrensrechte grundsätzlich zu, verlangt jedoch Massnahmen zur Absicherung. Doch hat sich gezeigt, dass weder die *faktisch* gelebte Praxis noch die *rechtliche* Ausgestaltung des Strafbefehlsverfahrens den Anforderungen aus Strassburg genügen:

De facto liegt selten ein *informierter* Verzicht vor, weil die Beschuldigten nur in wenigen Fällen mit den Staatsanwälten direkt in Kontakt kommen. Eine Aufklärung über die drohenden Konsequenzen findet dann nicht statt. Oft werden Strafbefehle in Zwangssituationen akzeptiert, etwa bei drohender oder bestehender Untersuchungshaft oder Landesverweisung.²⁵² Ein solcher

250 Urteil des EGMR 8209/78 vom 22. Februar 1984, *Sutter v. Switzerland*, Ziff. 33 («*However, many member States of the Council of Europe have a long-standing tradition of recourse to other means, besides reading out aloud, for making public the decisions of all or some of their courts, and especially of their courts of cassation, for example deposit in a registry accessible to the public*»).

251 Botschaft StPO/2005, S. 1289 («*Im Strafbefehlsverfahren [...] wird der Straffall zumeist nicht durch eine RichterIn [...], sondern durch die Untersuchungs- und Anklagebehörde selbst durch ein Erkenntnis abgeschlossen, das die Parteien annehmen oder mit einer Einsprache zur gerichtlichen Beurteilung bringen können. [...] Zweifellos gehört diese Verfahrensart vor allem mit Blick auf die dadurch erzielte Verfahrensbeschleunigung in Fällen leichter Kriminalität in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung*»); BGE 130 IV 72 E. 2.3 («*Une ordonnance de condamnation constitue une proposition de jugement faite à l'accusé. Rendue à la suite d'une procédure simplifiée, elle ne déploie ses effets juridiques qu'en cas d'acceptation manifestée par une absence d'opposition. Si l'accusé refuse la proposition, il lui suffit de former opposition pour ouvrir la procédure ordinaire de jugement*»); SCHRÖDER, BJM 2015, S. 79 («*Im Umstand, dass die beschuldigte Person den Urteilsvorschlag akzeptieren muss, zeigt sich die Bedeutung und in gewisser Weise auch die Stärke dieses Verfahrens: Die beschuldigte Person übernimmt durch die Anerkennung des verurteilenden Erkenntnisses die Verantwortung für ihr Tun. Die Verantwortungsübernahme tritt im Prinzip an die Stelle der Wahrheitssuche*»).

252 Eine Landesverweisung kann nicht in einem Strafbefehl angeordnet werden, weswegen ein erheblicher Druck zur Akzeptanz des Strafbefehls auf den Beschuldigten ausgeübt werden kann. Verzichtet der Beschuldigte auf eine Einsprache, ist eine Landesverweisung ausgeschlossen; BRUN/FABBRI, recht 2017, S. 244 ff. («*Aus der Tatsache, dass die Staatsanwaltschaften im Strafbefehlsverfahren keine Landesverweisung anordnen können, darf nicht der Schluss gezogen werden, dass sie nicht zumindest darauf*

Verzicht ist nicht *frei*. Wenn der Verzicht auf gerichtliche Beurteilung implizit dadurch erfolgt, dass der Beschuldigte eine Einsprache unterlässt, gilt dies nur dann als *unmissverständlicher* Verzicht, wenn der Staat nachweisen kann, dass dem Beschuldigten die Folgen seiner Untätigkeit klar vor Augen standen. Schliesslich zeigt auch die deutlich unter 10% liegende *Verteidigungsquote*, dass der Verzicht nur ungenügend durch Schutzmassnahmen flankiert wird.

De iure genügt die rechtliche Ausgestaltung des schweizerischen Strafbefehlsverfahrens der Konvention nicht, weil kein uneingeschränkter *Zugang* zum Gericht besteht. Immerhin wird das Interesse der *Öffentlichkeit*, die Justiz zu kontrollieren, im Strafbefehlsverfahren in Art. 69 Abs. 2 StPO dadurch gewahrt, dass Interessierte Strafbefehle einsehen können.²⁵³

Dieses Zwischenfazit führt unweigerlich zur Frage, ob das Strafbefehlsverfahren, wenn man alle genannten rechtlichen und tatsächlichen Mängel beseitigen würde, als solches akzeptabel wäre oder ob summarische aussergerichtliche Aburteilungsverfahren per se in Konflikt mit der Europäischen Menschenrechtskonvention stehen. Es geht darum, ob die Konvention neben den in diesem Kapitel behandelten Möglichkeiten eines *subjektiven Verzichts* auf Verfahrensrechte *objektive Garantien* statuiert, hinter die kein Mitgliedstaat zurückfallen darf. Dieser Frage ist im folgenden Kapitel auf den Grund zu gehen.

verzichten können»); OBERHOLZER, ZBJV 2020, S. 229 («Die Staatsanwaltschaft ist zwar nicht befugt, eine Landesverweisung anzuordnen; dieser Entscheid ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes allein dem Gericht vorbehalten. Die Empfehlungen sehen aber vor, dass die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl erlassen kann, wenn sie die Voraussetzungen für einen Härtefall bejaht, und damit von einer Landesverweisung abgesehen werden kann»).

V. Objektive Garantien

Im vorangegangenen Kapitel wurden die subjektiven Voraussetzungen, die der Gerichtshof für den Verzicht auf Verfahrensrechte nach Art. 6 EMRK aufgestellt hat, im Detail analysiert. Dabei hat sich gezeigt, dass das schweizerische Strafbefehlsverfahren sowohl in seiner rechtlichen Ausgestaltung als auch in seiner praktischen Umsetzung gravierende Defizite aufweist. Damit ist mittelbar aber auch zum Ausdruck gebracht, dass das Strafbefehlsverfahren konventionskonform sein könnte, wenn man diese einzelnen Defizite behöbe. Möglicherweise hat diese Einzelbetrachtung daher den Blick auf die viel grundsätzlichere Frage verstellt, ob die Verzichtsbedingungen, die der Gerichtshof zum Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) aufgestellt hat, überhaupt auf den Richtervorbehalt bei Freiheitsstrafen (Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK) übertragbar sind. Ist eine gerichtliche Beurteilung, soweit es um Freiheitsstrafen geht, überhaupt verzichtbar?²⁵⁴ Statuiert die Konvention nicht vielmehr objektive Garantien, die nicht zur Disposition des Einzelnen stehen? Damit ist eine Debatte darüber eröffnet, was die Konvention im Kern bezweckt (1.). Geht es um den Schutz von Autonomie und Menschenwürde (2.) oder um institutionelle Minimalstandards (3.)? Ich werde argumentieren, dass Art. 5 der Konvention die Ausfällung von Freiheitsstrafen selbst dann den Richtern vorbehält, wenn die Beschuldigten auf eine gerichtliche Beurteilung verzichten (4.).

1. Kern der Konvention

Die Frage, ob auf ein Gericht verzichtet werden kann, zwingt uns zu grundsätzlichen Überlegungen darüber, was die Europäische Menschenrechtskonvention eigentlich bezweckt. Ist sie ein Sammelsurium *subjektiver* Rechte, die dem Einzelnen Ansprüche gegenüber dem Staat vermitteln, auf die im Einzelfall aber auch verzichtet werden kann? Oder wurde mit der Konvention ein *objektiver* paneuropäischer Mindeststandard geschaffen, dessen institutionelle Garantien auch im Einzelfall nicht zur Disposition stehen?²⁵⁵ Die Antwort auf

254 Vgl. SUMMERS, *Sentencing and Human Rights*, S. 206 («*In other words, is an individual entitled to waive their right to a judicial review of the sentence?*»).

255 SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 290 («*This reflects the fact that many individual rights also have an institutional component and that states have certain obligations to ensure compliance with these rights in order to uphold their commitment to the rule of law. In these types of*

beide Fragen ist: Ja. Die Konvention gewährt einerseits eine ganze Reihe subjektiver Rechte. So hat etwa jeder Beschuldigte das Recht, vor seiner Verurteilung angehört zu werden.²⁵⁶ Er hat aber auch ein Recht, zu schweigen und nicht an seiner Überführung mitzuwirken.²⁵⁷ Damit ist es nur folgerichtig, dass er auf sein Recht angehört zu werden, auch verzichten kann.²⁵⁸ Andererseits statuiert die Konvention objektive Garantien. Das Folterverbot,²⁵⁹ die richterliche Unabhängigkeit²⁶⁰ oder die Fairness des Verfahrens als Ganzes²⁶¹

situations, a waiver will not impact on the state's obligation to ensure that the procedural guarantees are upheld»); grundlegend: JACKSON/SUMMERS, S. 99 ff.

- 256 Urteil des EGMR [GC] 36658/05 vom 18. Dezember 2018, *Murtazaliyeva v. Russia*, Ziff. 91 («*The Court reiterates that Article 6, read as a whole, guarantees the right of an accused to participate effectively in a criminal trial, which includes, inter alia, not only his or her right to be present, but also to hear and follow the proceedings*»); TRECHSEL/SUMMERS, S. 252 f.; SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 286 («*The 'right to be heard' lies at the heart of the notion of fairness in Article 6 ECHR. It is fundamentally connected to a specific understanding of proceedings as 'adversarial' in nature: 'The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that ... [the] defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the [prosecution]'*»), zu Recht hebt SUMMERS a. a. O. hervor, dass es beim rechtlichen Gehör darum geht, den Einzelnen zu respektieren («*The right to be heard in this sense should be understood principally as orientated towards treating people as equals, as intelligent agents with an understanding of their own interests and with the ability to respond appropriately to the law's demands*»).
-
- 257 Urteil des EGMR [GC] 18731/91 vom 8. Februar 1996, *John Murray v. The United Kingdom*, Ziff. 45 («*Although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)*»).
-
- 258 SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 289 («*This reflects too the relationship between the right to be heard and the right of an individual to refuse to cooperate or actively participate in the proceedings*»).
-
- 259 Urteil des EGMR [GC] 10865/09; 45886/07; 32431/08 vom 17. September 2014, *Mocanu and others v. Romania*, Ziff. 315 («*It reiterates that Article 3, like Article 2, must be regarded as one of the most fundamental provisions of the Convention and as enshrining core values of the democratic societies making up the Council of Europe. [...] In contrast to the other provisions in the Convention, it is cast in absolute terms, without exception or proviso, or the possibility of derogation*»).
-
- 260 Zweifelnd, ob richterliche Unabhängigkeit überhaupt verzichtbar ist: Urteil des EGMR 10802/84 vom 25. Februar 1992, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Ziff. 39 («*Thus even supposing that the rights in question can be waived by a defendant, the circumstances surrounding the applicant's decision deprived it of any validity from the point of view of the Convention*»).
-
- 261 Zur Fairness des Verfahrens als Ganzes Urteil des EGMR [GC] 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09 vom 13. September 2016, *Ibrahim and others v. The United Kingdom*, Ziff. 251 («*Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident*»); ein umfassender Verzicht auf ein faires Verfahren würde wohl öffentliche Interessen verletzen, siehe Urteil des EGMR [GC] 56581/00 vom 1. März 2006, *Sejdovic v. Italy*, Ziff. 86 («*However, if it is to be effective for Convention purposes, a waiver of the right to take part in the trial must [...] not run counter to any important public interest*»).

stehen nicht zur Disposition des Einzelnen. Jenseits dieser klaren Grenzen gibt es aber auch Graubereiche: Kann auf die Beurteilung durch ein Gericht verzichtet werden oder müssen strafrechtliche Verurteilungen immer durch Gerichte erfolgen?²⁶² Auf den ersten Blick scheint klar, dass auf eine gerichtliche Beurteilung verzichtet werden kann. Der EGMR hält in ständiger Rechtsprechung fest: *«Ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré aux garanties d'un procès équitable.»*²⁶³ Eine aufmerksame Lektüre dieser Standardformulierung zeigt dann jedoch, dass nur auf die einzelnen Garantien (*«renoncer [...] aux garanties»*, *«waiving [...] the entitlement to the guarantees»*), nicht aber auf das faire Verfahren selbst (*«procès équitable»*, *«fair trial»*) verzichtet werden kann. Ob man diese Sichtweise für überzeugend hält, hängt wesentlich davon ab, ob man die Autonomie und Menschenwürde des Betroffenen in den Vordergrund stellt oder den institutionellen Rahmen, den die EMRK garantieren möchte.

2. Autonomie und Menschenwürde

Für eine Verzichtbarkeit der gerichtlichen Beurteilung sprechen die Autonomie und Würde des betroffenen Individuums. Wenn der Beschuldigte frei und informiert beschliesst, lieber den strafrechtlichen Vorwurf in all seinen Konsequenzen zu akzeptieren, als ein Gericht mit der Sache zu befassen, soll er in diesem autonomen Entscheid respektiert werden. Wer einen solchen Verzicht nicht zulässt, zwingt den Beschuldigten gegen seinen Willen, eine Gerichtsverhandlung zu erdulden. Drastisch formuliert: Statt einer raschen und diskreten Erledigung seiner Strafsache muss er sich in einer öffentlichen Verhandlung demütigen lassen.²⁶⁴

262 Dazu SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 289 (*«The ECtHR has recognised, too, the right of those accused of criminal offence to waive their rights, such as the right to counsel or to cross examine witnesses, or even the right to a trial altogether»*) und S. 290 (*«Difficult question arise here as to whether the accused can waive certain rights, notably the right to a public trial, to an impartial judge»*); bejahend für das US-amerikanische Rechtssystem: 134 Harv.-L.-Rev. 2551-1 (author unknown), Constitutional Waivers by States and Criminal Defendants, S. 2565 (*«Criminal defendants can waive constitutional rights like their right to trial and privilege against self-incrimination in exchange for a reduced sentence or charge by pleading guilty»*).

263 Urteil des EGMR [GC] 18114/02 vom 18. Oktober 2002, *Hermin v. Italy*, Ziff. 73 (*«Neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial»*).

264 Vgl. dazu HAEFLIGER, S. 246f. (*«In kleineren Straffällen kommt es vor, dass der Angeklagte die Anwesenheit des Publikums und einen Pressebericht als grösseres Übel empfindet als die Strafe»*); HAEFLIGER/SCHÜRMAN, Europäische Menschenrechtskonvention², S. 194.

Gegen dieses Autonomie-Argument spricht, dass dem Beschuldigten eine solche Blossstellung ab einer gewissen Tatschwere ohnehin zugemutet wird. Soweit ersichtlich gilt in den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen,²⁶⁵ dass wer einen Mord begangen hat, sich dafür öffentlich zur Rechenhaft ziehen lassen muss.²⁶⁶ Dahinter steckt die Überlegung, dass ein Tötungsdelikt den sozialen Frieden auf eine schwere Probe stellt. Dieser Konflikt wird gelöst, indem die Tat in einem angemessenen Verfahren unter den Augen der Öffentlichkeit aufgearbeitet und der Gesellschaft im Falle einer Verurteilung gezeigt wird, dass der Täter zur Verantwortung gezogen wird. In einem solchen Prozess kommuniziert der Staat nicht nur mit dem Angeklagten («*Du hast das Recht gebrochen und dafür wirst Du bestraft*»), sondern auch mit der Allgemeinheit («*Das Recht wurde gebrochen, der Verantwortliche wird bestraft*») und mit dem Opfer («*Dir ist Unrecht geschehen*»).²⁶⁷

Man kann die Notwendigkeit öffentlicher Unrechtsaufarbeitung auch mit den im deutschen Sprachraum verbreiteteren Präventionstheorien erklären.²⁶⁸ Die klassischen Straftheorien zielen bekanntlich primär darauf ab, Bestrafung zu legitimieren.²⁶⁹ Während die retributiven Theorien auf die Straftat zurückschauen und danach fragen, wie das Unrecht angemessen vergolten werden kann, schauen die präventiven Theorien in die Zukunft und fragen danach, wie Unrecht künftig verhindert werden kann. Bei der negativen Spezialprävention geht es darum, den Täter von künftiger Delinquenz abzuschrecken (deterrence), bei der positiven Spezialprävention darum, ihn für ein künftiges Leben in der Gesellschaft fit zu machen.²⁷⁰ Bei der negativen Generalprävention zielt die Abschreckung auf die Allgemeinheit; in ihrer positiven Erscheinungsform soll die Bestrafung des Täters der Allgemeinheit die Normgeltung vor Augen führen.²⁷¹ Während sich die Vertreter retributiver

265 In den USA stehen Guilty Pleas auch für Tötungsdelikte offen, siehe JAGGI/IRMA, S. 150; GILLIÉRON, S. 74 f.

266 Vgl. dazu DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, vol. 2, S. 1 ff.; DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, vol. 3, S. 127 ff.

267 Vgl. zu kommunikativen Straftheorien CONINX, *recht* 2016, S. 158; SEHER, S. 493 ff.; diese kommunikative Dimension entfällt bei «opferlosen» Delikten, wie dem Betäubungsmittelhandel oder den abstrakten Gefährdungsdelikten des Strassenverkehrsrechts.

268 Statt vieler SEELMANN, S. 24 ff.

269 Statt vieler JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, *Strafrecht* II⁹, S. 6 ff.

270 Krit. zur Resozialisierung durch Strafbefehle im Allgemeinen THOMMEN/STUDER, *Resozialisierung*, S. 45 ff. («*In der Tat kann man sich fragen, ob Resozialisierung in Form einer Re-Konditionierung des Täters auf das «Normalmass» überhaupt das Programm eines aufgeklärten Strafrechts sein kann*») und durch Freiheitsstrafen im Besonderen, a.a.O., S. 55 ff.

271 Vgl. DE ALMEIDA-COSTA, *Ziff. III*; STRATENWERTH/BOMMER, *AT* I⁵, § 2 N 15 ff. («*Strafrecht als Mittel der Verbrechensverhütung*»); STOLL, S. 32.

Theorien vorwiegend für den proportionalen Schuldausgleich interessieren,²⁷² ist bei den Präventionstheorien auch der Modus der Ausfällung der Strafe zentral. So soll nicht nur die Bestrafung selbst, sondern auch der Umstand, in einer öffentlichen Verhandlung für sein Verhalten einstehen zu müssen, disziplinierend auf den Täter einwirken.²⁷³ Die gleichen abschreckenden oder edukativen Effekte möchte man mit der öffentlichen Aburteilung auch bei der Allgemeinheit erwirken. Damit wird deutlich, dass zumindest die Präventionstheorien in ihrem Wirkmechanismus auf klassische Gerichtsverhandlungen angewiesen sind.²⁷⁴ Diese Gedanken klingen auch in der Rechtsprechung an, wenn der EGMR ausführt, dass die Verhandlungsöffentlichkeit das Vertrauen in die Gerichte fördere.²⁷⁵ Auch bei der Beurteilung, ob ein Verfahren als Ganzes fair ist, stellt der Gerichtshof auf *«the weight of the public interest in the investigation and punishment»* ab.²⁷⁶

Unabhängig davon, ob man strafrechtliche Verurteilungen in kommunikativen oder präventiven Theorien erklärt, stellt sich, soweit die Öffentlichkeit adressiert wird, immer das gleiche Problem: Wenn man den Einzelnen benutzt, um die Rechtstreue der anderen einzuüben, wird der Angeklagte für Befriedigungs- und Normgeltungszwecke der Allgemeinheit instrumentalisiert. Es wird an ihm ein Exempel statuiert.²⁷⁷ Dass damit seine Menschenwürde verletzt wird, nehmen die Vertreter der Generalprävention für das grosse Ganze in Kauf.²⁷⁸

272 WALTER, JZ 2019, S. 652 (*«Die Vergeltungsidee setzt dem Strafrecht Grenzen»*).

273 Diesen Gedanken hat MALCOM M. FEELEY in seinem 1979 erstmals erschienenen Werk mit dem Titel *«The Process is the Punishment»* treffend auf den Punkt gebracht.

274 Die sehr rudimentären Gerichtsverhandlungen in abgekürzten Verfahren (Art. 361 Abs. 2 StPO) vermögen diesem Anspruch nicht zu genügen, weil der Beschuldigte angesichts seiner Geständigkeit meist nicht mehr zur Sache, sondern nur noch zur Person befragt wird. Selbst in ordentlichen Gerichtsverfahren finden oft keine mündlichen, von der Öffentlichkeit verfolgbaren Urteilsöffnungen statt. Diese Hinweise verdanke ich RA Dr. iur. Moritz Oehen.

275 Urteil des EGMR 35115/97 vom 14. November 2000, *Riepan v. Austria*, Ziff. 27.

276 Urteil des EGMR [GC] 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09 vom 13. September 2016, *Ibrahim and others v. The United Kingdom*, Ziff. 252 (*«Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration»*).

277 BSK StGB⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 57 (*«Es würde so auf Kosten des Täters ein Exempel statuiert, er wäre nicht mehr Subjekt des Strafprozesses, sondern würde zum Objekt des staatlichen Handelns, was der Menschenwürde und dem Schuldprinzip widersprechen würde»*); krit. auch STRATENWERTH/BOMMER, AT I⁵, § 2 N 22 (*«Das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung genügt nicht, um dem Betroffenen gegenüber zu rechtfertigen, was ihm die Strafe zufügt»*).

278 Kritik und weitere Hinweise bei SEELMANN, S. 215.

3. Institutionelle Mindeststandards

Damit stellt sich die Frage, wo die Grenze liegt. Für welche Taten akzeptieren wir eine schlanke Aburteilung durch die Staatsanwältin? Ab wann können wir «für das grosse Ganze» nicht mehr auf eine gerichtliche Beurteilung verzichten? Man kann es auch anders formulieren: Ab welcher Grenze stehen die institutionellen Standards der Konvention nicht mehr zur Disposition?²⁷⁹

Der Gerichtshof anerkennt, dass es strafrechtliche Anklagen unterschiedlicher Schwere gibt. Im Bagatellbereich müssen die Garantien der Konvention nicht gleich streng umgesetzt werden.²⁸⁰ Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass der Gerichtshof dort einen Verzicht auf gerichtliche Beurteilung zulässt, wo es um strafrechtliche Anklagen geht, die innerstaatlich entweder als administrative Sanktionen²⁸¹ kategorisiert sind oder die, wie etwa Bussen im Strassenverkehr,²⁸² zwar dem (Neben-)Strafrecht²⁸³ zugerechnet werden, aber Bagatellcharakter haben.²⁸⁴ In solchen geringfügigen Fällen sind

279 THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 59 («In diesen Fällen sprechen vielmehr Gründe ausserhalb des Einflussbereichs des Beschuldigten gegen eine beliebige Ausdehnung der Strafbefehlskompetenz. Ab einer bestimmten Strafhöhe überwiegen die Interessen der Allgemeinheit und des Verletzten an einer Unrechtsaufarbeitung in einer öffentlichen Hauptverhandlung das Interesse des Beschuldigten an einer diskreten und raschen Verfahrenserledigung»).

280 Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finland*, Ziff. 43 («There are clearly 'criminal charges' of differing weight. [...] Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency»); BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 17 («Der EGMR hat – soweit ersichtlich – noch nie darüber befinden müssen, ob das Ausfällen von Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten mittels Strafbefehl EMRK-konform ist; die bisherigen Präjudizien betrafen ausschliesslich Bagatellstrafen»).

281 Urteil des EGMR 6903/75 vom 27. Februar 1980, *Deweer v. Belgium*, Ziff. 12 ff. («At the relevant time, State intervention in the sphere of prices was governed in Belgium by the Economic Regulation and Prices Act. [...] The investigation and the finding of offences [...] formed the subject of reports which were transmitted to the procureur du Roi [...] 13. In addition to imprisonment of one month to five years and a fine of 3,000 to 30,000,000 BF (section 9 par. 1), offenders were liable to various criminal and administrative sanctions»); Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finland*, Ziff. 9 ff.

282 Urteil des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk v. Germany*, Ziff. 11; Urteil des EGMR 40820/12 vom 10. Juli 2014, *Marčan v. Croatia*, Ziff. 7.

283 SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 311 («Traffic violations of the sort in *Öztürk*, for instance, might commonly be understood as criminal in nature, even if they result in the imposition of a fixed penalty which does not take the culpability of the individual into account in establishing the appropriate sentence»).

284 Urteil des EGMR 40820/12 vom 10. Juli 2014, *Marčan v. Croatia*, Ziff. 34 («The Court reiterates that while entrusting the prosecution and punishment of minor offences to administrative authorities is not inconsistent with the Convention, the person concerned must have an opportunity to challenge any decision made against him before a tribunal

die Vertragsstaaten nicht verpflichtet, eine öffentliche Gerichtsverhandlung durchzuführen.²⁸⁵ Hier reicht es, wenn die Betroffenen die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Beurteilung zu verlangen.²⁸⁶ Ein solches «Opting-in» wird allerdings nur bei Bagatelldelikten akzeptiert: «*Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment.*»²⁸⁷ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in allen übrigen Fällen eine gerichtliche Beurteilung als zwingend angesehen wird.

Um dies an einem Beispiel zu erläutern: Am 27. Januar 1978 fuhr Herr Öztürk in Bad Wimpfen auf ein anderes Auto auf. Die Verwaltungsbehörde verurteilte ihn wegen einer Ordnungswidrigkeit («*Ausserachtlassen der erforderlichen Sorgfalt im Strassenverkehr*») zu einer Busse von 60 Deutschen Mark.²⁸⁸ Nach der Öztürk-Rechtsprechung ist ein Gerichtsentscheid unter den kumulativen vier Voraussetzungen entbehrlich, dass es erstens um die Abhandlung geringfügiger Straftaten geht, die zweitens in grosser Zahl vorkommen und die drittens deshalb keiner gerichtlichen Einzelfallbewertung bedürfen, weil sie nach Art eines Tarifs festgelegt werden können. Viertens kennzeichnet solche Bussen, dass ihnen kein relevantes Stigma anhaftet.²⁸⁹ Keine dieser

that offers the guarantees of Article 6»); Urteil des EGMR 6903/75 vom 27. Februar 1980, *Deweer v. Belgium*, Ziff. 49; dazu SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 307 («*This led it to conclude an accused was entitled in principle to accept the imposition of an administrative fine and this could constitute a waiver of the right to ordinary criminal proceedings*»).

285 Urteil des EGMR 40820/12 vom 10. Juli 2014, *Marčan v. Croatia*, Ziff. 35 («*The Court has, however, accepted that there could be exceptional circumstances dispensing the obligation to hold an oral hearing in cases not belonging to the traditional categories of criminal law [...] such as proceedings concerning traffic offences*»); Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finland*, Ziff. 48 («*The Court further observes that the applicant was not denied the possibility of requesting an oral hearing, although it was for the courts to decide whether a hearing was necessary. [...] The Administrative Court gave such consideration with reasons*»).

286 SUMMERS, *Sentencing and Human Rights*, S. 205f. («... *providing that the individual concerned has the opportunity to challenge the imposition of the sentence in a court with full jurisdiction*»).

287 Urteil des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk v. Germany*, Ziff. 56 («*Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6*»).

288 Urteil des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk v. Germany*, Ziff. 11.

289 Urteil des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk v. Germany*, Ziff. 46ff.; zu den Voraussetzungen BREI, ZWeR 2015, S. 38f.; zum fehlenden Stigma: Dissenting Opinion of Judge Liesch, § 8 und 14 in: Urteil des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk*

Voraussetzungen trifft auf die hier interessierenden Strafbefehle zu: Straftaten, die mit Freiheitsstrafen geahndet werden, sind nicht geringfügig. Nicht die rund 900 Freiheitsstrafen, die im Kanton Zürich jährlich in Strafbefehlen ausgefällt werden,²⁹⁰ sondern die rund 900'000 Ordnungsbussen, die etwa in der Stadt Zürich pro Jahr verhängt werden,²⁹¹ sind das Massengeschäft, auf das die Öztürk-Rechtsprechung abzielt. Freiheitsstrafen sind «à la tête du client» zuzumessen,²⁹² Ordnungsbussen folgen einem Tarif.²⁹³ Eine Freiheitsstrafe ist stigmatisierend, eine Ordnungsbusse nicht. Nur bagatellhafte Massendelinquenz darf somit durch nichtgerichtliche Behörden abgeurteilt werden.

Im Kernbereich des Strafrechts²⁹⁴ ist der Gerichtshof deutlich strenger. Amiran Natsvlishvili akzeptierte in einem Plea Bargain den Vorwurf ungetreuer Amtsführung sowie eine Busse von EUR 14'700.²⁹⁵ Der Gerichtshof hielt zunächst fest, dass Plea Bargains nicht per se inkompatibel mit der Konvention seien. Er vertritt sogar die sehr liberale Auffassung: «*There cannot be anything*

v. Germany; ferner Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finland*, Ziff. 43 («[...] it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma»); vgl. bereits THOMMEN/PAYER, Kartellverfahren als Strafverfahren, Rn. 175.

290 Im Kanton Zürich wurden im Geschäftsjahr 2022 insgesamt 908 Freiheitsstrafen vollzogen, die in Strafbefehlen ausgefällt wurden. Neun dieser Freiheitsstrafen wurden in Halbgefangenschaft vollzogen, die restlichen 899 im regulären Strafvollzug. Diese Zahlen hat uns RA lic. iur. Isabel Kramer, Abteilungsleiterin, Bewährungs- und Vollzugsdienste, Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, am 10. November 2023 zur Verfügung gestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist.

291 Stadt Zürich, Sicherheitsdepartement, Jahresbilanz Ordnungsbussen 2022, Medienmitteilung vom 2. Mai 2023.

292 Art. 41 StGB; BGE 144 IV 313 E. 1.2.

293 Ordnungsbussenverordnung (OBV) vom 16. Januar 2019, Anhang 1, Bussenliste 1 – Übertretungen nach dem Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG).

294 SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 296 («In more recent cases, the ECtHR has had to consider the fairness of plea-bargaining proceedings, which involve 'ordinary' criminal offences. Consideration of the manner in which the ECtHR has approached the regulation of these types of proceedings allows for consideration of the meaning of the trial and its relationship to the notion of criminal law»).

295 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 27 ff.; cum grano salis handelte es sich weder um ein Guilty Plea (Schuldeingeständnis) noch um ein Nolo-contendere Plea (Akzeptieren der Bestrafung unter Nichtbestreiten des Anklagevorwurfs), sondern um ein in den USA sog. «Alford Plea» (Akzeptieren der Bestrafung unter gleichzeitiger Bekräftigung der eigenen Unschuld; vgl. dazu GAROUPA/STEPHEN, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 15, issue 3, 2008, S. 329; JAGGI IRMA, S. 13 Fn. 54; GILLIÉRON, S. 164); vgl. auch Ziff. 27 («The applicant specified that, whilst considering himself to be innocent, he was willing to reach an agreement as regards the sentence and to repair the damage caused to the State»), dann aber Ziff. 92 («The Court thus observes that by striking a bargain with the prosecuting authority over the sentence and pleading no contest as regards the charges, the first applicant waived his right to have the criminal case against him examined on the merits»).

improper in the process of charge or sentence bargaining in itself.»²⁹⁶, ²⁹⁷ Dann hebt er aber auch rechtsvergleichend hervor, dass Vereinbarungen («*Plea Agreements*»), die zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen, ausnahmslos von zuständigen Gerichten überprüft werden.²⁹⁸ Im konkreten Fall hat der Gerichtshof die Vereinbarung unter anderem deshalb nicht beanstandet, weil die Vereinbarung vom Gericht frei und in öffentlicher Verhandlung überprüft wurde.²⁹⁹ Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass das Gericht im Kernbereich strafrechtlicher Verurteilungen unverzichtbar ist.³⁰⁰ Der

296 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 90 («*The Court further notes that it can be considered a common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty or nolo contendere plea in advance of trial or for providing substantial cooperation with the investigative authority*»).

297 Die Rechtsprechung unterscheidet nur ungenügend zwischen wenig problematischen Guilty Pleas und sehr problematischen Plea Bargains. Während wenig dagegen spricht, sich etwa bei erdrückender Beweislage schuldig zu bekennen und ein Urteil zu akzeptieren, indem man sich für schuldig bekennt (Guilty Plea), wirft der «Handel mit der Gerechtigkeit» (Plea Bargain) zahlreiche Fragen auf, dazu THOMMEN, *Kurzer Prozess*, S. 149; diff. BULATY, *ZStrR* 126/2008, S. 215 f. («*Guilty plea bezeichnet die Erklärung eines Angeklagten, mit welcher er sich schuldig bekennt. Es handelt sich um eine der möglichen Stellungnahmen, welche der Angeklagte im gerichtlichen Vorverfahren des angloamerikanischen Strafprozesses abgeben kann. Dies beinhaltet keine Zugeständnisse ihm gegenüber, führt jedoch in einem vereinfachten Verfahren ohne weitere kontradiktorische Hauptverhandlung zum Schuldspruch und einem reinen sentencing judgement. Der Begriff des plea bargaining bezeichnet hingegen eine Absprache zwischen den beteiligten Parteien (ein sogenanntes plea agreement): Der Ankläger erwirkt ein guilty plea des Beschuldigten, indem er diesem seinerseits Zugeständnisse macht. Solche können darin bestehen, dass nur ein weniger schweres Delikt angeklagt wird oder gewisse Straftatbestände nicht in die Anklage aufgenommen werden (charge bargaining). Es sind jedoch auch Zugeständnisse lediglich in Bezug auf das Strafmaß denkbar (sentence bargaining)*»); s.a. JAGGI IRMA, S. 12 ff.

298 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 66 («*Plea agreements leading to a criminal conviction are, without exception, reviewed by a competent court*»); zu Recht moniert SUMMERS, *ZSR* 141/2022, S. 309 Fn. 146 («*The comparative study displays clear flaws – the Swiss system, for instance, is practically unrecognizable from the description in these paragraphs*»).

299 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 95 («*As a further guarantee of the adequacy of the judicial review of the fairness of the plea bargain, the Court attaches significance to the fact that the Kutaisi City Court was not, according to applicable domestic law, bound by the agreement reached between the first applicant and the prosecutor. On the contrary, the City Court was entitled to reject that agreement depending upon its own assessment of the fairness of the terms contained in it and the process by which it had been entered into. [...] The fact that the City Court examined and approved the plea bargain during a public hearing, in compliance with the requirement contained in Article 679-3 § 1 of the CCP, additionally contributed, in the Court's view, to the overall quality of the judicial review in question*»).

300 SUMMERS, *ZSR* 141/2022, S. 309 («*The ECtHR has insisted in the context of plea bargaining in 'normal' criminal proceedings on a stricter level of judicial supervision and has indicated that the possibility of subsequent recourse to judicial review will not suffice*»).

Gerichtshof verlangt zwar keine umfassende Hauptverhandlung («*examination on the merits*»), aber eine hinreichende gerichtliche Überprüfung («*sufficient judicial review*») des Erledigungsvorschlags.³⁰¹ Die rechtsvergleichenden Hinweise zeigen, dass diese Überprüfung nicht bloss auf Wunsch der Betroffenen (Opting-in), sondern stets zu erfolgen hat.³⁰²

Wird das Strafbefehlsverfahren von dieser Plea-Bargaining-Rechtsprechung erfasst? Nach herkömmlichem Verständnis ist in der Schweiz nur das abgekürzte Verfahren nach Art. 358 ff. StPO ein Abspracheverfahren.³⁰³ Plea Bargains können aber auch im Strafbefehlsverfahren ausgehandelt werden.³⁰⁴

301 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 92 («*The Court thus observes that by striking a bargain with the prosecuting authority over the sentence and pleading no contest as regards the charges, the first applicant waived his right to have the criminal case against him examined on the merits. However, by analogy with the above-mentioned principles concerning the validity of such waivers, the Court considers that the first applicant's decision to accept the plea bargain should have been accompanied by the following conditions: (a) the bargain had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner; and (b) the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review*»); Urteil des EGMR 45084/14 vom 12. November 2019, *Adamco v. Slovakia*, Ziff. 70 («*As regards [...] M.'s plea-bargain arrangements [...] no element of any judicial control [...]*»).

302 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 66 («*Plea agreements leading to a criminal conviction are, without exception, reviewed by a competent court. In this sense, courts have an obligation to verify whether the plea agreement has been reached in accordance with the applicable procedural and substantive rules, whether the defendant entered into it voluntarily and knowingly, whether there is evidence supporting the guilty plea entered by the defendant and whether the terms of the agreement are appropriate*»); SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 309; BSK² StPO-GREINER/JAGGI, Art. 362 N 9; für das abgekürzte Verfahren in der Schweiz siehe auch BOMMER, ZSR 128/2009, S. 108 ff.

303 Für die h.L. vgl. JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar⁴, Vor Art. 358-362; krit. dazu: THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 158 ff. («*Ebenso wenig wie Guilty Pleas zwingend das Resultat von Plea Bargains sind, ist das abgekürzte Verfahren zwingend ein Abspracheverfahren. Das abgekürzte Verfahren ist auch ein Abspracheverfahren. In erster Linie ist es ein vereinfachtes Verurteilungsverfahren [«condamnation sans débats»]*», Hervorhebung durch Verf.); weitere Kritik bei BERNARD, ZStrR 135/2017, S. 133 ff. («*... im formellen Strafrecht wurden in der eidgenössischen StPO 2011 die Möglichkeit von Vergleichsverhandlungen in Art. 316 StPO bzw. das abgekürzte Verfahren in Art. 358 ff. StPO erstmals für die ganze Schweiz kodifiziert. In praxi ist bei der Anwendung dieser Institute oft entscheidend, dass die beschuldigte Person den Schaden von Geschädigten begleicht bzw. diese Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennt, ansonsten diese schlanke Erledigung des Verfahrens faktisch verwehrt bleibt. [...] Es liegt auf der Hand, dass es dank komfortablen finanziellen Mitteln des Beschuldigten vermehrt möglich sein kann, mittels Regelung des Zivilpunkts den Geschädigten günstig zu beeinflussen*»); vgl. zum (unzulässigen) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren MÜHLEMANN, recht 2018, S. 83 ff.

304 THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 159 («*Doch können sich die Parteien auch [...] in Strafbefehlsverfahren absprechen*»); MÜHLEMANN, recht 2018, S. 89 («*... auch das Strafbefehls-*

Zum Erlass eines Strafbefehls bedarf es zwar (nicht länger³⁰⁵) eines Geständnisses,³⁰⁶ die Akzeptierung eines Strafbefehls stellt jedoch zumindest implizit ein *Guilty Plea* dar.³⁰⁷ Indem gegen den Strafbefehl keine Einsprache erhoben wird, akzeptiert der Beschuldigte das Urteil des Staatsanwalts und bekennt sich damit schuldig.³⁰⁸ Exakt diese Form der Erledigung wird in Natsvlishvili geregelt. Auch wenn man auf die Schwere der drohenden Sanktionen blickt, ist die Rechtsprechung einschlägig: Im Fall aus Georgien ging es um eine Busse von knapp EUR 15'000, im Strafbefehlsverfahren werden sämtliche Bussen und Geldstrafen sowie Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten ausgefällt.³⁰⁹ Hinzu kommt, dass die beurteilten Straftaten klar im Kernbereich des Strafrechts liegen. Im Strafbefehl werden Verbrechen, Vergehen und Übertretungen abgehandelt.³¹⁰ Diese Taten werden bereits innerstaatlich dem Kernstrafrecht zugerechnet.³¹¹ Die Lockerungen, die für administrative Strafen gelten, sind hier nicht anwendbar.

verfahren bietet sich für die Aushandlung eines Urteils an. Das zuvor Gesagte über die Absprachemöglichkeiten im schweizerischen Strafverfahren gilt auch für das Strafbefehlsverfahren»); WIDMAIER, NJW 2005, S. 1985 ff.; SINNER, S. 166; SCHMIDT-HIEBER, NJW 1982, S. 1017; RAUXLOH, Fordham International Law Journal, vol. 34, 2010, S. 304; bereits FELSTINER, Law & Society Review, vol. 13, no 2, 1978/1979, S. 321 f.; a.A. DAPHINOFF, S. 40; BSK StPO³-DAPHINOFF, Vor Art. 352-356, N 2 f.; JAGGI, S. 25; SCHMID, N 1375 Fn. 78; zum Ganzen RÖNNAU, S. 106 ff.

305 Vgl. noch § 317 Abs. 1 Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919/Stand 31. Dezember 2010: (*«Hat der Angeschuldigte in Fällen bezirksgerichtlicher Zuständigkeit den Sachverhalt eingestanden, erlässt der Staatsanwalt anstelle der Anklage einen Strafbefehl»*).

306 Eingehend zum Geständnis als Voraussetzung des Strafbefehls HUTZLER, N 475 ff.

307 Zur Unterscheidung von Plea Bargain und Guilty Plea vgl. BULATY, ZStR 126/2008, S. 215; JAGGI IRMA, S. 12 ff.; STOLL, S. 94 ff.; THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 149.

308 Zu dieser Selbstverurteilung im Guilty Plea THOMMEN, Kurzer Prozess, S. 277 ff. m.w.H.; s.a. OEHEN, S. 94; SCHRÖDER, BJM 2015, S. 79 (*«Die beschuldigte Person übernimmt durch die Anerkennung des verurteilenden Erkenntnisses die Verantwortung für ihr Tun»*).

309 Art. 352 Abs. 1 StPO (*«... so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie [...] eine der folgenden Strafen für ausreichend hält: a. eine Busse; b. eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen; [...] d. eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten»*).

310 Art. 352 Abs. 1 StPO und Art. 353 Abs. 1 lit. d StPO (*«Der Strafbefehl enthält [...] die dadurch erfüllten Straftatbestände»*) i.V.m. Art. 10 Abs. 2 und 3 StGB und Art. 103 StGB; vgl. dazu DAPHINOFF, S. 52 f. (*«Bemerkenswert ist jedenfalls, dass es gemäss StPO grundsätzlich zulässig ist, auch über Verbrechen mittels Strafbefehl zu befinden. Solange die Strafgrenze von Art. 352 Abs. 1 StPO nicht überschritten wird, kann theoretisch jede Straftat mittels Strafbefehl erledigt werden»*).

311 Zur Frage, ob eine strafrechtliche Anklage vorliegt, stellt der Gerichtshof bekanntlich auf die drei Engel-Kriterien ab: 1. classification in domestic law; 2. nature of the offence; 3. severity of the penalty that the person concerned risks incurring; Urteil des EGMR 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 vom 8. Juni 1976, *Engel and Others v. the*

Als Zwischenfazit steht somit fest, dass die Schweiz die Anforderungen, die Strassburg in seiner Rechtsprechung zu Absprachen und Schuldeingeständnissen an vereinfachte Verfahrenserledigungen im (Kern-)Strafrecht stellt, im abgekürzten Verfahren erfüllt, weil dort eine gerichtliche Kontrolle resp. Absegnung zwingend vorgeschrieben ist (Art. 362 StPO). Das Strafbefehlsverfahren, das in der Substanz ebenfalls ein Guilty Plea darstellt, genügt diesen Anforderungen nicht. Die blossе Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung reicht nicht. Strassburg verlangt in jedem Fall eine «sufficient judicial review». Guilty Pleas – und damit auch Strafbefehle – sind einer hinreichenden gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen. Diese institutionelle Mindestgarantie gilt nach der Natsvlshvili-Rechtsprechung sogar dann, wenn die ausgesprochene Sanktion eine substanzielle Busse ist. Wie ich sogleich aufzeige, ergibt sich der Richtervorbehalt bei Freiheitsstrafen zudem direkt aus der Konvention.

4. Richtervorbehalt bei Freiheitsstrafen

Wie bereits ausgeführt, bestimmt Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, dass ein Freiheitsentzug nur durch ein «zuständiges Gericht» angeordnet werden darf. Die Konvention statuiert für Freiheitsstrafen somit einen Richtervorbehalt.³¹² Stellt dieser Richtervorbehalt eine institutionelle Mindestschranke dar oder kann auf diesen Richter verzichtet werden?³¹³

Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, wonach es eine Verurteilung durch ein zuständiges «Gericht» braucht, scheint zunächst zu indizieren, dass die Verantwortung institutionell nur bei einem Gericht liegen kann.³¹⁴

Netherlands, Ziff. 82f. («*In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point*»); zum innerstaatlichen Recht: Art. 10 StGB (Verbrechen, Vergehen, Übertretungen).

312 Für das Verwaltungsstrafverfahren hat der Bundesrat vor über 50 Jahren festgehalten, dass die ordentlichen Strafgerichte «*ausschliesslich zuständig sind, wenn eine Freiheitsstrafe in Betracht kommt*», Botschaft VStrR, S. 1001.

313 Bejahend SUMMERS, *Sentencing and Human Rights*, S. 214 («*This suggests that in order for a sentence of imprisonment to comply with the guarantee in Article 5(1) ECHR, it must be imposed by a court*»).

314 SHK CEDH-BIGLER, Art. 5 N 75 («*La Convention emploie le mot «tribunal» dans plusieurs de ses articles. [...] Il s'agit toujours, dans ces cas divers, d'organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties, mais se caractérisant également par les garanties propres à une procédure judiciaire. Les modalités de la procédure voulue par la*

Allerdings trifft dies auch auf den Wortlaut von Art. 6 EMRK zu, wonach jede Person ein Recht darauf hat, dass eine strafrechtliche Anklage von einem «Gericht» behandelt wird. In schweren Fällen verlangt der Gerichtshof, dass das Urteil unmittelbar und nicht erst auf Einsprache hin durch ein Gericht gefällt wird.³¹⁵ In leichten Fällen lässt der Gerichtshof einen Verzicht unter engen Voraussetzungen zu.³¹⁶

Eindeutiger fällt die *systematische* Betrachtung von Art. 5 EMRK aus. Hier spricht viel für eine institutionelle Garantie. Während eine Person, die in Untersuchungshaft versetzt werden soll, sowohl «*einem Richter*» als auch einer «*anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden*» kann (Art. 5 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 5 Abs. 3 EMRK), verlangt die Konvention bei Freiheitsstrafen eine «*Verurteilung durch ein zuständiges Gericht*» (Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK). Der systematische Vergleich verschiedener Freiheitsentzüge innerhalb von Art. 5 EMRK indiziert somit, dass *Freiheitsstrafen* nur durch Gerichte ausgefällt werden können.

Für einen strengen Richtervorbehalt bei *Freiheitsstrafen* spricht ein weiteres *systematisches* Argument innerhalb von Art. 5 EMRK. Es ist unbestritten, dass bei der Anordnung oder Überprüfung von Untersuchungshaft auf den Haftrichter nicht verzichtet werden kann.³¹⁷ Die beschuldigte Person kann

Convention ne doivent cependant pas nécessairement être identiques dans chacun des cas où celle-ci requiert l'intervention d'un tribunal»), der das Problem der in Strafbefehlen angeordneten Freiheitsstrafen nicht sieht.

315 EGMR 22107/93 vom 25. Februar 1997, *Findlay v. The United Kingdom*, Ziff. 79 («*Nor could the defects [...] be corrected by any subsequent review proceedings. Since the applicant's hearing was concerned with serious charges classified as 'criminal' under both domestic and Convention law, he was entitled to a first-instance tribunal which fully met the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1)*»). In casu bedrohte ein schwer kriegstraumatisierter britischer Soldat in stark alkoholisiertem Zustand Kameraden mit einer Waffe und feuerte (ungezielte) Schüsse ab. Er bekannte sich in der Folge unter anderem der Körperverletzung und Todesdrohung für schuldig und wurde mit einer zweijährigen Freiheitsstrafe bestraft.

316 Dazu im Detail oben Ziff. IV.

317 Urteil des EGMR 11386/85 vom 29. November 1988, *Brogan and others v. The United Kingdom*, Ziff. 58 («*Judicial control of interferences by the executive with the individual's right to liberty is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 para. 3 (art. 5-3), which is intended to minimise the risk of arbitrariness. Judicial control is implied by the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society [...], which is expressly referred to in the Preamble to the Convention*»); vgl. e contrario auch Urteil des BVerfG 6B_16/2007 vom 1. März 2007, E. 2.2, wo der «*Beschwerdeführer auf eine mündliche Anhörung durch den Haftrichter verzichtet*» hat (Hervorhebung durch Verf.). Auf die Anhörung, nicht aber auf den Entscheid des Haftrichters kann verzichtet werden. Implizit auch TRECHSEL/SUMMERS, S. 505 («*... the arrested person must [...] be brought under the protection of the judiciary. This aspect has been mentioned several times by the Court – it is one the reasons why the control, as we shall see, must happen automatically ...*

auf eine mündliche Anhörung und kontradiktorische Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht verzichten, nicht aber auf den Entscheid des Richters als solchen.³¹⁸ Wenn bereits bei der Anordnung von Freiheitsentzug in Gestalt von *Untersuchungshaft* nicht auf eine unabhängige richterliche Anordnung verzichtet werden kann, dann kann bei *Freiheitsstrafen* erst recht nicht auf Richter verzichtet werden.

Fraglich ist, ob sich auch aus Art. 7 EMRK ein systematisches Argument für einen Richtervorbehalt bei Freiheitsstrafen ableiten lässt. Dagegen spricht, dass die Bestimmung schon nach ihrem Titel («*Keine Strafe ohne Gesetz*») mehr die materielle Grundlage der Bestrafung im Blick hat als die formelle Frage, welche Instanz die Strafe ausfällt. Dafür, dass (auch) Art. 7 EMRK einen Richtervorbehalt statuiert, sprechen die vom Gerichtshof gewählten Formulierungen. Nach ständiger Rechtsprechung ist das Legalitätsprinzip auch in Notlagen nicht derogierbar und die Rechtsprechung den Gerichten zugewiesen.³¹⁹ «*The concept of legality set out in the ECtHR's case law makes it clear that the imposition of punishment is an exclusively judicial function.*»³²⁰ Der Gerichtshof

[without] any kind of application»). Botschaft StPO/2005, S. 1230 («Artikel 5 Absatz 3 EMRK und Artikel 31 Absatz 3 BV bestimmen, dass jede Person, die in Untersuchungshaft genommen wird, unverzüglich einer richterlichen Behörde vorgeführt wird, welche über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs zu entscheiden hat»).

318 Art. 225 Abs. 5 StPO («Verzichtet die beschuldigte Person ausdrücklich auf eine Verhandlung, so kann das Zwangsmassnahmengericht in einem schriftlichen Verfahren aufgrund des Antrags der Staatsanwaltschaft und der Eingaben der beschuldigten Person entscheiden»); Botschaft StPO/2005, S. 1231 («Ein Verzicht auf eine Vorführung kann deshalb nur gültig sein, wenn er ausdrücklich erfolgt»); ZK StPO³-FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, Art. 225 N 11 («Die beschuldigte Person hat die Möglichkeit, auf eine kontradiktorische Verhandlung und damit auf ihr Recht auf Anhörung durch das Zwangsmassnahmengericht zu verzichten»); bereits zur Verzichtbarkeit der Anhörung zweifelnd JOSITSCH/SCHMID, Handbuch⁴, N 1031 Fn. 182.

319 Urteil des EGMR [GC] 21906/04 vom 12. Februar 2008, *Kafkaris v. Cyprus*, Ziff. 137 («The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency») und Ziff. 141 («role of adjudication vested in the courts»).

320 SUMMERS, Sentencing and Human Rights, S. 212f. m.H.a. Urteil des EGMR [GC] 21906/04 vom 12. Februar 2008, *Kafkaris v. Cyprus*, Ziff. 141 («The Court has acknowledged in its case-law that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice [...]. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain ...»).

hat ferner festgehalten, dass eine Strafe im Sinne von Art. 7 EMRK «*a finding of liability by the national courts*»³²¹ voraussetze. Wenn bereits die Beurteilung von Schuld und Strafe im Allgemeinen den Gerichten vorbehalten ist, dann muss dies erst recht für die einschneidendste Form der Bestrafung, die Freiheitsstrafe, gelten. Nach der Rechtsprechung kann eine Freiheitsstrafe, die nicht durch ein Gericht ausgesprochen wird, nicht als rechtmässiger Freiheitsentzug angesehen werden.³²² Auch mit Blick auf das Legalitätsprinzip scheint der Gerichtshof somit bei Freiheitsstrafen keinen Raum für einen Verzicht auf gerichtliche Beurteilung zu belassen.³²³

Bei Grundsatzentscheidungen betreibt der Gerichtshof vielfach *Rechtsvergleiche*.³²⁴ Macht man einen solchen Rechtsvergleich aus schweizerischer Perspektive für die Frage, wer befugt ist, Freiheitsstrafen auszufällen, dann zeigt sich, dass dieser Entscheid in allen umliegenden Ländern den Gerichten vorbehalten ist.³²⁵ Es wird argumentiert, dass das summarische

321 Urteil des EGMR 17475/09 vom 29. Oktober 2013, *Varvara v. Italy*, Ziff. 71 («*The ‘penalty’ and ‘punishment’ rationale and the ‘guilty’ concept (in the English version) and the corresponding notion of ‘personne coupable’ (in the French version) support an interpretation of Article 7 as requiring, in order to implement punishment, a finding of liability by the national courts enabling the offence to be attributed to and the penalty to be imposed on its perpetrator*»).

322 Urteil des EGMR 48787/99 vom 8. Juli 2004, *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, Ziff. 462 («*The Court accordingly finds that none of the applicants was convicted by a ‘court’, and that a sentence of imprisonment passed by a judicial body such as the ‘Supreme Court of the MRT’ at the close of proceedings like those conducted in the present case cannot be regarded as ‘lawful detention’ ordered ‘in accordance with a procedure prescribed by law’*»).

323 SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 314 («*There is no space in the rule of law for any sort of waiver of the right to be lawfully detained. In addition, according to Article 7(1) ECHR, and the distinct understanding of the rule of law on which it is based, criminal liability can only be attributed, and punishment only imposed, by the courts. The systematic determination of criminal charges by the prosecution without automatic judicial control or recourse to the safeguards associated with criminal proceedings is incompatible with the understanding of lawful punishment as defined by Article 7(1) ECHR and with the rule of law*»).

324 Urteil des EGMR 9043/05 vom 29. April 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ziff. 62 ff. («*Out of thirty Council of Europe member States studied for the existence of criminal procedures similar in nature to Georgia’s plea-bargaining system, no equivalent mechanisms exist in the following three countries – Azerbaijan, Greece and Turkey. A small number of other countries (namely Austria, Denmark and Portugal), while not having passed legislation establishing plea bargaining as a legal concept within their legal systems, are nonetheless familiar with plea bargaining or similar processes in practice*»).

325 Vgl. für Deutschland: § 407 D-StPO; für Frankreich: § 495-II F-CPP (s.a. ENESCU, *International E-Journal of Criminal Sciences* 16/2021); für Fürstentum Liechtenstein: § 317 FL-StPO; für Italien: § 459 I-StPO; für Österreich: § 491 Ö-StPO; ferner für die Niederlande: Art. 257a NL-StPO und für Norwegen: Section 255 NR-StPO; RIKLIN, ZBJV 2016, S. 490 ff.; s. für einen Vergleich zwischen Frankreich, Deutschland und der Schweiz: ENESCU, *MschrKrim* 3/2023 und ENESCU/NIANG/MOMSEN, *KriPoZ* 1/2022; s.a. THAMAN, S. 169 f.

Strafbefehlsverfahren den Verfahrensrechten des Beschuldigten, insbesondere seinem Recht auf Anhörung durch ein Gericht, nicht gerecht zu werden vermag.³²⁶ Der Europarat empfiehlt explizit, keine Freiheitsstrafen in Strafbefehlen auszufällen.³²⁷ Auch der Blick über die nationalen Grenzen hinaus zeigt somit, dass die gerichtliche Beurteilung von Freiheitsstrafen als unverzichtbar angesehen wird.

Schliesslich spricht viel dafür, dass für die Väter der Konvention zu jeder Zeit klar war, dass Freiheitsstrafen nur durch Gerichte ausgefällt werden sollen.³²⁸ Auch im innerstaatlichen Ratifikationsprozess war der Richtervorbehalt nur bei der Untersuchungs- und Administrativhaft umstritten, nicht bei der regulären Freiheitsstrafe.³²⁹ Zum gleichen Schluss gelangt, wer den weiteren *historischen* Kontext in den Blick nimmt. Der moderne Strafprozess ist aus den für die Beschuldigten buchstäblich und für die obrigkeitliche Wahrheitsfindung substanziell leidvollen Erfahrungen der Inquisition hervorgegangen. Die Inquisition der katholischen Kirche händigte ihren Richtern spätestens ab der Mitte des 13. Jahrhunderts nicht nur Folterinstrumente aus,³³⁰

326 MALEIKA, S. 161, 185 und 196 («Eine richterliche Anhörung des Beschuldigten ist wegen Art. 103 Abs. 1 GG vor Erlass des Strafbefehls geboten»).

327 Conseil de l'Europe, Recommandations N°R (87) 18, Ziff. II.c.3. («Les sanctions infligées par voie d'ordonnance pénale devraient être limitées aux sanctions pécuniaires et à la déchéance de droits, à l'exclusion de toute peine privative de liberté»).

328 Implizit geht das etwa insofern aus den Travaux préparatoires zu Art. 5 hervor, als der Verzicht auf eine gerichtliche Beurteilung an keiner Stelle thematisiert wird. Ferner ist den Materialien zu entnehmen, dass die heute in Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK verankerte Passage («the lawful detention of a person after conviction by a competent court») ursprünglich noch den Zusatz umfasste: «or as a security measure», Council of Europe, Preparatory Work on Article 5, S. 13.

329 Bericht des Bundesrates/1968, S. 1057 ff., S. 1084 ff.; Ergänzungsbericht des Bundesrates/1972, S. 989 ff., S. 994 f.; Botschaft des Bundesrates/1974, S. 1035 ff., S. 1043 ff.; Votum Ständerat Hefti, Sitzung des Ständerates vom 27. Juni 1974, AB 1974 S 379 («Zu Artikel 5, Recht auf Freiheit und Sicherheit, wird zugunsten von Bund und Kantonen ein Vorbehalt angebracht. Es betrifft die Versorgung, die bei uns auch durch administrative Behörden erfolgen kann, während die Konvention eine richterliche verlangt. Der Vorbehalt ist zulässig»); Votum Nationalrat Spezial, Sitzung des Nationalrates vom 2. Oktober 1974, AB 1974 N 1470 («Une réserve importante est nécessaire à l'article 5 qui n'admet pas l'interne-ment administratif connu dans quelques cantons»).

330 Vgl. die am 15. Mai 1252 von Papst Innozenz IV. erlassene Bulle ad extirpanda, Ziff. 26 («The head of state or ruler must force all the heretics whom he has in custody, provided he does so without killing them or breaking their arms or legs, as actual robbers and murderers of souls and thieves of the sacraments of God and Christian faith, to confess their errors and accuse other heretics whom they know, and specify their motives, and those whom they have seduced, and those who have lodged them and defended them, as thieves and robbers of material goods are made to accuse their accomplices and confess the crimes they have committed»).

sondern übertrug ihnen auch die Untersuchung und Aburteilung.³³¹ Auch das im 16. Jahrhundert einsetzende, gemeinrechtliche Inquisitionsverfahren war nebst der peinlichen Befragung³³² noch lange dadurch gekennzeichnet, dass es untersuchende und richterliche Funktionen vereinte.³³³ Erst die Prozessreformen des 19. Jahrhunderts überwandten die Folter definitiv³³⁴ und setzten im Strafverfahren nicht nur die aufklärerische Idee der richterlichen Unabhängigkeit von der Exekutive,³³⁵ sondern auch die Gewaltenteilung innerhalb der Justiz durch.³³⁶ Den Vätern der Europäischen Menschenrechtskonvention,

331 Für einen Überblick über die frühen Phasen der (katholischen) Inquisition vgl. BLÖTZER, *Catholic Encyclopedia* – vol. 8, 1913; zu den elf Phasen eines Verfahrens in der Römischen Inquisition des 16. Jahrhunderts am Beispiel des Prozesses gegen Galileo Galilei vgl. MAYER, S. 214 ff. (*«The inquisitor took over at the second step, the investigative phase during which he determined whether there was enough evidence to support the denunciations. Witnesses and the accused were examined, the second under an oath that might produce self-incrimination. [...] Torture might be applied at just about any moment, including during the accused's first interrogation if he or she refused to answer or gave conflicting replies, through to almost the end of the trial in the examination over intention»*).

332 Zum Mass *«peinlicher Frage»* vgl. Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532, Ziff. 58 (*«Von der maß peinlicher frage 58. Item die peinlich frag soll nach gelegenheit des argkwons der person, vil, oft oder wenig, hart oder linder nach ermessung eyns guten vernünfftigen Richters, fürgenommen werden, vnd soll die sag des gefragten mitangenommen oder auffgeschribem werden, so er mm der marter, sondern soll sein sag thun, so er von der marter gelassen ist»*).

333 FROMMANN, S. 68 (*«Der Inquisitionsprozess hob jedoch nicht nur die Aufgabentrennung zwischen Gericht und Kläger auf – der Inquirent leitete jetzt von Amts wegen die Untersuchung ein – sondern «der Sache nach» auch die Unterscheidung zwischen «Richtern» und «Urteilern»»*); *«Zudem vereinte der Richter die Rollen des Anklägers, Verteidigers und Richters bzw. Urteilers in seiner Person»*); RADBRUCH, S. 340 (*«Das bleibende Verdienst des Inquisitionsprozesses ist die Erkenntnis, dass Verbrechenverfolgung Staatsaufgabe, nicht Privatangelegenheit des Verletzten ist, sein verhängnisvoller Fehler, dass er die staatliche Verbrechenverfolgung dem Richter übertrug, der dadurch Richter und Partei in einer Person wurde»*).

334 Im Detail GSCHWEND/WINIGER, *passim*.

335 MONTESQUIEU, S. 129 (*«Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. [...] Tout serait perdu si le même homme [...] exerçait ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers»*).

336 I. MÜLLER, *Leviathan*, vol. 5, no. 4, 1977, S. 525 (*«Die Reformvorstellungen liberaler Prozesskritiker des 19. Jahrhunderts richteten sich sowohl gegen die die Monopolisierung aller Prozessfunktionen beim Inquisitionsrichter, [...] als auch gegen die Rechtlosigkeit des Beschuldigten gegenüber dem Gericht»*); THOMMEN, *Kurzer Prozess*, S. 229 f. (*«Mit dem reformierten Strafprozess setzte sich die Einsicht in die Notwendigkeit institutioneller Unabhängigkeit durch. Die Gewaltenteilung im Strafprozess wurde konsequent umgesetzt. Sie vollzog sich auf zwei Ebenen: erstens die Unabhängigkeit der Strafverfolgung vom Gericht. [...] Zweitens wurde die Strafuntersuchung (investigation) von der Strafverfolgung (prosecution) getrennt»*); KRAUSS, *recht* 1986, S. 74 ff. (*«Es geht zunächst um das Vorverfahren. Neben die Verbesserung der Rechtsstellung des Verdächtigen tritt – entsprechend der Lehre von der Gewaltenteilung – eine Aufteilung hoheitlicher Funktionen. Das omnipotente Amt des Verhörsrichters wird ersetzt durch ein System staatlicher*

die diese Charta der Grundfreiheiten auf den Trümmern des Zweiten Weltkriegs errichteten, stand der reformierte Strafprozess mit seiner «accusatorischen Trinität»³³⁷ vor Augen: Anklage und Verteidigung bringen ihre Standpunkte in öffentlicher Verhandlung vor. Das Urteil fällt das von den Parteien unabhängige Gericht. Sowohl der reformierte Strafprozess als auch die Konvention zielten somit gerade darauf ab, die Urteilsgewalt nicht länger in den Händen eines durch seine Untersuchungshypothese korrumpierten Inquisitors zu belassen.³³⁸ Die Gewaltenteilung im Strafprozess ist eine fundamentale institutionelle Garantie, die nicht zur Disposition der Parteien steht.³³⁹

Institutionen: Polizei, Untersuchungsrichter, Staatsanwaltschaft und Überweisungsbehörde – in je verschiedener Ausgestaltung – teilen sich die Aufgaben. Die dadurch bedingte wechselseitige Kontrolle kompensiert die Tatsache, dass das Ermittlungsverfahren nach wie vor geheim durchgeführt wird»; VARGHA, 1907, S. 44 ff.; zu weiteren Veränderungen im reformierten Strafprozess KOCH, ZIS 2009, S. 543 («... entstand, [...] ein gemeinsamer Grundtyp des reformierten deutschen Strafprozesses; [...] «Ausartungen, wie die Herabwürdigung des Angeklagten zum Gegenstand zwangsweiser Untersuchung, seien durch die Reformen beseitigt worden. Ausnahmslos normierten die neuen Verfahrensgesetze die Prinzipien der Öffentlichkeit und Mündlichkeit»); SCHÜNEMANN, ZIS 2009, S. 491 («... Überwindung des gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahrens durch den reformierten Strafprozess. [...] [E]ntscheidend war, dass das Grundgebrechen des Inquisitionsverfahrens in der Urteilsfindung aufgrund eines schriftlichen Verfahrens durch Beurteilung der nicht vom Richter selbst erhobenen, sondern ihm nur in den Akten unterbreiteten Beweise bestand. Die Überzeugungsbildung allein aufgrund des Inbegriffs der mündlichen und die Beweise unmittelbar enthaltenden Hauptverhandlung ...»).

337 Dazu SUMMERS, 2006, S. 24 ff., S. 166 ff. m.H.a. VARGHA, 1879, S. 288 («Das Criterium des Anklageprocesses ist die accusatorische Trinität von Richter, Anklage- und Verteidigungspartei»); s.a. VARGHA, 1907, S. 294 («Die Hauptverhandlung ist [...] das eigentliche Gebiet des akkusatorischen Rechtsstreits. Hier stellen die Parteien [...] unmittelbar vor dem unparteiischen Erkenntnisrichter ihre Prozessthesen auf und verfechten sie in kontradiktorischer Diskussion»); s.a. KÜHNE, GA 2008, S. 362 («Das Triadische in der Beweisaufnahme»); BOMMER, recht 2010, S. 196; THOMMEN, recht 2014, S. 266.

338 SCHMIDT, Einführung³, §§ 288, S. 328 («Die Lage des Inquirenten aber wurde dadurch von vornherein psychologisch so überlastet in Richtung auf Geständniserlangung und Überführung, dass seine Pflicht, im Interesse der Erforschung materieller Wahrheit auch Entlastungsbeweise mit der gleichen inneren Bereitschaft, der gleichen Sorgfalt und dem gleichen Aufwand an Mühe und Zeit zu führen, wie die Belastungsbeweise, geradezu illusorisch gemacht wurde. In dieser unmöglichen psychologischen Lage des Inquirenten wurde immer klarer und deutlicher der Kardinalfehler des reinen Inquisitionsprozesses gesehen»); SCHUBARTH, Zurück zum Grossinquisitor?, S. 528 («Die angesprochene rechtsstaatliche Problematik verschärft sich, wenn die funktionale Zuständigkeit zum Erlass des Strafbefehls nicht beim Richter liegt, sondern beim Staatsanwalt oder abstrakt: bei der untersuchenden Behörde. Denn Strafurteile sollten im Rechtsstaat grundsätzlich vom Richter gefällt werden und nicht von der untersuchenden Behörde. Darin liegt eine der grundlegenden Errungenschaften des reformierten Strafprozesses: die strikte Trennung von Untersuchungs- und Urteilsinstanz»).

339 Montesquieu, Esprit des Lois, 1862, S. 129 («Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice»).

Insgesamt sprechen bei der Ausfällung von Freiheitsstrafen viele Argumente für einen strengen Richtervorbehalt. Die gesetzliche Regelung und weit verbreitete Praxis in der Schweiz, dass Staatsanwältinnen Freiheitsstrafen in Strafbefehlen anordnen, lässt sich mit Art. 5 EMRK nicht in Einklang bringen.

VI. Beschwerde

Die Analyse von Art. 5 EMRK hat gezeigt, dass Freiheitsstrafen nur durch Gerichte ausgefällt werden dürfen. Die europäische Menschenrechtskonvention statuiert insoweit einen institutionellen Mindeststandard, der nicht zur Disposition der Parteien steht.³⁴⁰ Für die Schweiz bedeutet dies, dass in Strafbefehlen keine Freiheitsstrafen angeordnet werden dürfen. Art. 352 Abs. 1 lit. d StPO, der der Staatsanwaltschaft erlaubt, Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten in Strafbefehlen auszusprechen, verletzt die Europäische Menschenrechtskonvention.

Es ist allerdings nicht ganz trivial, diese Frage dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Entscheidung zu unterbreiten. Dieser kann sich mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe befassen (Art. 35 Abs. 1 EMRK). Strafbefehle schaffen es nur durch den regulären innerstaatlichen Instanzenzug, wenn die Adressatin Einsprache erhebt (Art. 354 StPO). Dann entscheidet über den Strafbefehl gerade dasjenige Gericht (Art. 356 StPO), dessen Fehlen beanstandet werden sollte. Dem Argument, dass die Freiheitsstrafe nicht durch ein Gericht ausgefällt wurde, ist damit der Boden entzogen.³⁴¹

Eine Möglichkeit, den Streit nach Strassburg zu tragen, wäre, «rechtskräftige» Strafbefehle im innerstaatlichen Verfahren mit dem Argument anzufechten, dass sie *nichtig* sind.³⁴² Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK schreibt vor, dass Freiheitsstrafen durch Gerichte auszusprechen sind. Wenn Staatsanwälte Freiheitsstrafen verhängen, agieren sie als offenkundig unzuständige Behörde. Das begründet Nichtigkeit.³⁴³ Diese kann nach der Rechtsprechung jederzeit

340 SUMMERS, ZSR 141/2022, S. 314; SUMMERS, *Sentencing and Human Rights*, S. 215 («*Individuals may waive their right to a trial, but they cannot waive their right to be lawfully detained. Sentences of imprisonment will only be compatible with Article 5(1)(a) ECHR if they are imposed by a judge*»).

341 TRECHSEL, JR 1981, S. 137 («*Durch die freiwillige Annahme eines Urteils im summarischen Verfahren verzichtet der Betroffene aber auf seine nationalen Rechtsmittel. Damit begibt er sich auch der Möglichkeit, die Straßburger Instanzen anzurufen*»); vgl. dazu auch Urteil des EGMR 70276/01 vom 22. Mai 2003, *Gusinskiy v. Russia*, passim.

342 Zur strengen Rechtsprechung Urteil des BGer 6B_667/2017 vom 15. Dezember 2017, E. 3.1, wonach «*[o]n ne saurait ainsi admettre facilement la nullité de décisions entrées en force*»; kritisch: THOMMEN/ESCHLE/KURATLE/WALSER/ZIMMERMANN, *sui generis* 2020, S. 460 («*Dass nichtige Entscheide nicht in Rechtskraft erwachsen, sei hier nur am Rande angemerkt*»).

343 BGE 122 197 E. 3 («*... de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité*»).

vorgebracht werden.³⁴⁴ Wenn sich die schweizerischen Gerichte in der Folge weigern, den Strafbefehl für nichtig zu erklären, könnte nebst³⁴⁵ einer Verletzung von Art. 5 EMRK auch geltend gemacht werden, dass im innerstaatlichen Verfahren keine wirksame Beschwerde gegen die Verletzung der Konvention gewährt wird.³⁴⁶ Die Herausforderung ist dabei darzulegen, dass «*all domestic remedies have been exhausted*»³⁴⁷. Der naheliegende Einwand gegen eine solche Beschwerde ist, dass sich der Beschwerdeführer innert zehn Tagen hätte gegen den Strafbefehl zur Wehr setzen können. Dann wäre dieser nicht rechtskräftig geworden. Hiergegen könnte *generell* eingewendet werden, dass die Einsprachefrist deutlich zu kurz ist,³⁴⁸ dass die Rechtsprechung und Praxis zur Wiederherstellung verpasster Fristen nicht konventionskonform ist³⁴⁹ sowie dass die Nichtigkeitseinrede – wie erwähnt – jederzeit vorgebracht, mithin nicht verwirkt werden kann. In zahlreichen *Einzelfällen* könnte zudem vorgebracht werden, dass Strafbefehle nicht oder nur fiktiv zugestellt wurden³⁵⁰ oder dass fremdsprachige oder leseschwache Adressaten sie nicht verstehen.³⁵¹ In der Substanz müsste somit geltend werden, dass auch wenn jedem Beschuldigten *de iure* grundsätzlich³⁵² die Möglichkeit offensteht, eine gerichtliche Beurteilung einer Freiheitsstrafe zu verlangen, der Weg zum Gericht in sehr vielen Fällen *de facto* verbaut ist. Von einem «*Right to an effective remedy*» (Art. 13 EMRK) kann keine Rede sein.

344 BGE 129 I 361 E. 2.3 («*Ist die Nichtigkeit – wie eingangs erwähnt – jederzeit zu beachten, so kann sich der Betroffene auch jederzeit auf sie berufen und ist ein Zuwarten noch nicht als rechtsmissbräuchlich zu betrachten*»).

345 Urteil des EGMR 58447/00 vom 7. Juli 2009, *Zavoloka c. Lettonie*, Ziff. 35 («*L'article 13 n'a pas d'existence indépendante; il ne fait que compléter les autres clauses normatives de la Convention*»).

346 Urteil des EGMR [GC] 22689/07 vom 13. Dezember 2012, *De Souza Ribeiro v. France*, Ziff. 78 («*Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms*»).

347 Urteil des EGMR 57671/00 vom 27. Juli 2004, *Slimani v. France*, Ziff. 38 («*[U]nder Article 35 § 1 of the Convention, it may only deal with an application after all domestic remedies have been exhausted. [...] The rule under Article 35 § 1 is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention – with which it has close affinity –, that there is an effective remedy available in respect of the alleged breach in the domestic system*»).

348 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.18 ff.

349 THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N 8.21 («*Weder die Zustellung noch die Fristwiederherstellung in Schweizer Strafbefehlsverfahren genügen diesen Anforderungen*»).

350 MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, ZStR 139/2021, S. 256 ff.; ZIHLMANN, passim.

351 MULTERER, recht 2017, S. 22; STÜBI, QFLR 2/2017, S. 17; THOMMEN/ESCHLE/KURATLE/WALSER/ZIMMERMANN, sui generis 2020, S. 461.

352 Wie oben (Ziff. IV. 4.) aufgezeigt, ist der Zugang zum Gericht selbst rechtlich nicht uneingeschränkt gewährt.

Eine weitere Möglichkeit wäre, die Gültigkeit der Strafbefehle im innerstaatlichen Verfahren akzessorisch überprüfen zu lassen. Nicht selten werden Strafbefehle den Adressaten im Ausland nicht zugestellt und/oder nicht übersetzt.³⁵³ Wenn diese Personen bei der erneuten Einreise in die Schweiz verhaftet werden, weil ein «rechtskräftiger»³⁵⁴ Strafbefehl gegen sie vorliegt, können sie sich gegen den Haftantritt mit dem Argument zur Wehr setzen, dass der zugrundeliegende Strafbefehl nicht nur Verfahrensrechte (rechtliches Gehör und Übersetzung), sondern auch ihren in Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK verbürgten Anspruch verletzt, nur von einem Gericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt zu werden.³⁵⁵

353 Vgl. Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt VT.2019.19354 vom 6. November 2019 und Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt ES.2020.254 vom 2. Juni 2020; dazu AGOSTINO-PASSERINI/RUCKSTUHL, *forum poenale* 2021, S. 296 f.; Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt VT.2017.147401 vom 30. Januar 2018 und Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt ES.2021.211 vom 26. November 2021; dazu AGOSTINO-PASSERINI, *Ohne Urteil im Gefängnis*; Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt VT.2018.14912 vom 29. Oktober 2018 und Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt ES.2021.237 vom 15. September 2021; dazu RITSCHER/MERKOFER, *Unschuldiger hinter Gittern*.

354 Zur Frage, ob diese Strafbefehle tatsächlich rechtskräftig sind, THOMMEN/ESCHLE/KURATLE/WALSER/ZIMMERMANN, *sui generis* 2020, S. 459 («*Ohne Eröffnung geht von einem Entscheid keinerlei Rechtswirkung aus*»).

355 Urteil des BGer 6B_699/2021 vom 21. Juni 2022, E. 2.3 f.

VII. Fazit

Ausgangspunkt dieses Beitrags war die Feststellung des amerikanischen Generalstaatsanwalts ROBERT H. JACKSON, dass kein Mensch im Staat so viel Macht innehat wie Staatsanwälte. Er bezeichnete die vor ihm versammelten Staatsanwälte sogar als *«one of the most powerful peace-time forces known to our country»*. Wenn man sich vor Augen hält, dass in der Schweiz drei von vier Freiheitsstrafen in Strafbefehlen und damit ohne jegliche Beteiligung unabhängiger Gerichte angeordnet werden, lässt sich auch vom Schweizer Staatsanwalt sagen: *«His discretion is tremendous.»*³⁵⁶ Manchmal hilft auch der Blick von aussen, um das eigene Rechtssystem mit der nötigen Nüchternheit zu bewerten. Am 20. Mai 2022 haben wir die Ergebnisse unserer Nationalfondsstudie an der «11th Conference on the future of adversarial and inquisitorial systems – Criminal Justice Centre and School of Law, University of Warwick/UK» einem internationalen Fachpublikum vorgestellt.³⁵⁷ Dass Staatsanwälte in der Schweiz in grossem Umfang Freiheitsstrafen aussprechen, hat für grosses Erstaunen gesorgt. ANDREW SANDERS hat das schweizerische Strafbefehlsverfahren in seiner Stellungnahme in einen grösseren kriminal-soziologischen Zusammenhang gestellt und es als eine Praxis bezeichnet, die auf eine *«social control of the underclass»*³⁵⁸ abziele. Diese sehr klassenkämpferisch klingende Einschätzung wird auch hierzulande geteilt.³⁵⁹ Angesichts des Umstands,

356 Beide Zitate aus: Address by Robert H. Jackson, Attorney General of the United States, «The Federal Prosecutor», delivered at The Second Annual Conference of United States Attorneys, Great Hall, Department of Justice Building, Washington, D. C., April 1, 1940; die Rede wurde in der Folge auch noch abgedruckt in: JACKSON, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 31, no. 1, 1940.

357 THOMMEN, *Prosecutors as Judges?*, passim.

358 In Anlehnung an SIMON, *Poor Discipline – Parole and the Social Control of the Underclass 1890-1990*; vgl. auch MURRAY, passim.

359 Vgl. Podcast von Duri Bonin, auf dem Weg als Anwältin, #547 Stephan Bernard, haben wir noch faire Strafverfahren? (ab 4 min 38 sec): *«Das Strafbefehlsverfahren ist eine ausländerinnenfeindliche Institution. [...] Es richtet sich gegen Leute, die nicht gut Deutsch können[,] oder gegen Leute, die keine gute Schulbildung haben. Wenn je der Vorwurf der Klassenjustiz – um es sehr «alt-links» auszudrücken – zugefallen hat, dann beim Strafbefehlsverfahren»*; vgl. bereits BERNARD, ZStrR 135/2017, S. 138 ff., mit dem Hinweis, dass Ausländer von kurzen unbedingten Freiheitsstrafen überproportional betroffen sind: *«Beispielsweise wurde bereits mit der Revision des AT StGB von 2007 in Art. 41 StGB festgehalten, dass kurze unbedingte Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten nur dann zu vollziehen sind, wenn die Voraussetzungen einer Bewährungsstrafe nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass gemeinnützige Arbeit und Geldstrafe nicht vollzogen werden*

dass etwa im Kanton Zürich über 80% aller Strafbefehle mit Freiheitsstrafen gegen Ausländer ausgefällt werden, sprechen auch empirische Gründe für den Befund, dass mit Strafbefehlen Randgruppen kontrolliert werden sollen.³⁶⁰ Der schweizerische Gesetzgeber teilt diese kritische Sicht nicht. Vielmehr sieht er das Strafbefehlsverfahren seit Langem als ein sehr effizientes³⁶¹ Mittel zur Aburteilung von «*Massen-Bagateldelinquenz*»³⁶². Soweit in Strafbefehlen Freiheitsstrafen ausgefällt werden, geht es jedoch nicht mehr um Bagatellen. Davon handelt der vorliegende Beitrag.

In der Einleitung (I.) habe ich in Anlehnung an STEFAN TRECHSEL die Frage aufgeworfen, ob es die Europäische Menschenrechtskonvention zulässt, dass Staatsanwältinnen in eigener Regie Freiheitsstrafen aussprechen. Ich habe sodann gezeigt, dass die schweizerische Strafprozessordnung (Art. 352 StPO) den Staatsanwältinnen erlaubt, Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten in eigener Regie anzuordnen (II.). Diese Bestimmung steht quer zu Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, wonach die Verurteilung zu Freiheitsentzug durch ein Gericht erfolgen muss (III.). Auf die Verfahrensrechte der Konvention kann zwar verzichtet werden, doch habe ich argumentiert, dass die von der Rechtsprechung des Gerichtshof aufgestellten Verzichtsschranken in der Schweiz weder faktisch (z.B. ineffektive Verteidigung) noch rechtlich (z.B. kein uneingeschränkter Zugang zum Gericht) eingehalten werden (IV.). Selbst wenn solche «*minimal safeguards*» bestünden, spricht jedoch viel dafür, dass der Richtervorbehalt bei Freiheitsstrafen eine institutionelle Garantie darstellt, die

können. In praxi heisst das, dass sich vor allem Ausländer ohne Vermögen und ohne Aufenthaltsstatus in der Schweiz diese Sanktion zu gewärtigen haben, während allen anderen, mithin Schweizern, Ausländern mit Vermögen und Ausländern mit Aufenthaltsstatus, alternative Vollzugsformen mit geringerer Eingriffstiefe offenstehen.»

360 Für das Geschäftsjahr 2022 weist das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich den Vollzug von insgesamt 908 Freiheitsstrafen aus, die in Strafbefehlen ausgefällt wurden. Davon betrafen 168 (19%) Schweizer und 740 (81%) Ausländer. Diese Zahlen hat uns RA lic. iur. Isabel Kramer, Abteilungsleiterin, Bewährungs- und Vollzugsdienste, Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, am 10. November 2023 zur Verfügung gestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist.

361 Die «Effizienz des Strafbefehlsverfahrens» wurde vom Gesetzgeber wiederholt betont, vgl. Erläuternder Bericht StPO/2017, S. 42. Nur am Rande angemerkt sei hier, dass ein Verfahren, in dem in sehr vielen Fällen weder abgesichert ist, dass die Adressaten das Urteil zugestellt erhalten noch es verstehen (vgl. dazu THOMMEN/ESCHLE/WALSER, Revision, N8.12), zwar kostengünstig sein mag, effizient im dem Sinne, dass die spezial- und generalpräventiven Ziele des Strafverfahrens mit geringem Aufwand erreicht würden, ist es jedoch nicht, dazu THOMMEN, Preis der Gerechtigkeit [AAM], Ziff. 3.2.

362 So der Bundesrat für die Strafverfügungen im Verwaltungsstrafverfahren Botschaft VSTrR, S. 1001. Dort jedoch auch mit der bemerkenswerten Einsicht, dass die ordentlichen Strafgerichte «*ausschliesslich zuständig sind, wenn eine Freiheitsstrafe in Betracht kommt*».

nicht zur Verfügung der Parteien steht (V.). Mit einer Beschwerde in Strassburg könnte deshalb geltend gemacht werden, dass die schweizerische Regelung, wonach Freiheitsstrafen ohne jegliche Beteiligung von Gerichten ausgesprochen werden können, die Europäische Menschenrechtskonvention verletzt (VI.). Vorzubringen wäre in einem solchen Verfahren im Wesentlichen, was ich in diesem Beitrag aufgezeigt habe:

Staatsanwälte sind keine Richter.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzmaterialeien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 061 – Pauline Meyer: *La cybersécurité des infrastructures critiques et la gestion de cyberincidents en droit suisse*
- 060 – Luca Ranzoni: *Gerechte Strafen ohne Gleichheit?*
- 059 – Delphine Brun: *Dangerosité : du juge influencé par l'expert au juge indépendant*
- 058 – Olga Uehlinger: *Auswirkungen des BEPS-Projekts der OECD auf die Steuerordnung der Schweiz: Umsetzung des Aktionspunkts 5*
- 057 – Dana Mareckova: *Blockchain and Collective Rights Management of Copyright and Related Rights at the Global Level*
- 056 – Saskia Thomi: *Die Verantwortungsgemeinschaft*
- 055 – Sena Hangartner: *Strafrechtliche Dopingbekämpfung in der Schweiz*
- 054 – Sonja Mango-Meier: *Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters bei geringfügigen Widerhandlungen gegen das schweizerische Strassenverkehrsrecht durch eine unbekannte Täterschaft*
- 053 – Yannick Weber: *Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht*
- 052 – Arezoo Sang Bastian: *Between Islamic and Secular Law*
- 051 – APARIUZ XXIV: *Der Prozess*
- 050 – Ricarda Stoppelhaar: *Die Indirekte Stellvertretung*
- 049 – Martin Seelmann: *Strafzumessung und Doppelverwertung*
- 048 – Benjamin Clément: *Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht*
- 047 – Luca Ruggiero: *Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européen*

- 046 – Miriam Lüdi: Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung
- 045 – Corina Ingold: Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht
- 044 – Alex Attinger: Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik
- 043 – Myriam Christ: Le profilage dans le cadre d'une procédure d'embauche entre particuliers
- 042 – Andreas Wehowsky: Expedited Procedures in International Commercial Arbitration
- 041 – Lukas Valis: Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?
- 040 – Constance Kaempfer: Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses
- 039 – Ruedi Ackermann: Der Mietvertrag mit mehreren Mietern
- 038 – Lukas Hussmann: International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände
- 037 – Nils Reimann: Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory
- 036 – Jeremias Fellmann: Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen
- 034 – Nora Camenisch: Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: 20 ans de la transparence à Genève
- 032 – Nicolas Leu: Kritik der objektiven Zurechnung
- 031 – Martin Klingler: Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren
- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Łysienia: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?

- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
- 021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
- 020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
- 019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
- 018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 015 – Frédéric Erard: Le secret médical
- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
- 013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

Die Bücher 001–008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 30. April 2025
© 2025 Marc Thommen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers
erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen
Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Umschlagbild: «Pöstler in Valens», © KEYSTONE / Gian Ehrenzeller, 2021
(www.keystone-sda.ch)

ISBN: 978-3-907297-62-9

DOI: 10.38107/062

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

Zentrales Auslieferungslager in der EU ist die GVA Göttingen,
Anna-Vandenhoeck-Ring 36, 37081 Göttingen, info@gva-verlage.de

sui generis Verlag, Viaduktstrasse 21, 8005 Zürich
www.suigeneris-verlag.ch, info@suigeneris-verlag.ch

062

DER STAATS ALS RICHTER

Freiheitsstrafen gehören zu den schwerwiegendsten Sanktionen, die von einem Staat verhängt werden können. Die europäische Menschenrechtskonvention garantiert deswegen, dass Freiheitsstrafen nur durch ein Gericht ausgesprochen werden dürfen. Die Realität sieht in der Schweiz allerdings anders aus. Drei von vier Freiheitsstrafen werden nicht durch Gerichte, sondern durch Staatsanwälte in Strafbefehlen angeordnet. Die vorliegende Arbeit setzt sich kritisch mit dieser Praxis auseinander und legt dar, dass Freiheitsstrafen nicht in Strafbefehlen ausgefällt werden dürfen.

sui generis

ISBN 978-3-907297-62-9

DOI 10.38107/062

