



Nachverhandlungen im abgekürzten Strafverfahren?

DIEGO R. GFELLER*

Frage

Sind Nachverhandlungen in der Hauptverhandlung des abgekürzten Verfahrens zulässig?

Antwort

Ja, aber... Gesetzlich sind Nachverhandlungen zwar nicht vorgesehen, aber die Praxis lässt Nachverhandlungen regelmässig zu, wobei es in der Lehre – zumindest in gewissen Konstellationen – berechnete Vorbehalte dagegen gibt.¹ Eine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert nicht.

Question

Les renégociations de propositions de jugement sont-elles admissibles en procédure pénale simplifiée ?

Réponse

Oui, mais ... Légalement, les renégociations ne sont pas prévues, mais la pratique les autorise régulièrement ; il y a cependant dans la doctrine – du moins dans certaines constellations – des réserves justifiées à ce sujet.¹ Il n'existe pas de jurisprudence suprême dans ce domaine.

I. Sachverhalt

Im Laufe einer Strafuntersuchung einigten sich die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte auf die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens: «Der Urteilsvorschlag lautete auf eine Verurteilung wegen mehrfacher Veruntreuung, Urkundenfälschung und versuchter Erpressung und eine Bestrafung mit einer teilbedingten Geldstrafe von 270 Tagessätzen à 50 Franken. Dies als Zusatzstrafe zu zwei früheren Strafbefehlen von 130 Tagessätzen wegen Verkehrsdelikten. Die Einzelrichterin bemerkte vor dem Prozess, dass laut Gesetz als Gesamtstrafe nur 360 Tagessätze möglich seien. Anstatt den Fall zurückzuweisen, reduzierte sie deshalb im Einverständnis mit der Staatsanwältin und der Verteidigung die Geldstrafe auf 230 Tagessätze, 90 davon unbedingt, 140 bedingt. Der Geschädigtenvertreter monierte allerdings, dass gemäss seiner Meinung das Gericht in einem abgekürzten Verfahren nur den Urteilsvorschlag annehmen oder ablehnen und ihn nicht abändern könne.»²

Besagter NZZ-Artikel war *spiritus rector* des vorliegenden Memos. Dieses nimmt sich des Themas jedoch in etwas allgemeinerer Form an. Ähnliche Fragen stellen sich nämlich auch dann, wenn das Gericht in der Verhand-

lung mitteilt, dass es die Sanktionen als entweder zu hoch oder zu mild erachtet und in Aussicht stellt, den Urteilsvorschlag nicht zu genehmigen.

II. Diskussion

A. Pragmatische Lösung ...

Wie das Beispiel aus der NZZ zeigt, kann es während des Hauptverfahrens einen Bedarf für Nachverhandlungen geben. Ideal wäre es natürlich, wenn die Gerichte bereits bei der Vorbereitung (rechts-)fehlerhafte Urteilsvorschläge entdecken und direkt zurückweisen würden. Doch ist man erst mal so weit, nützt alles nichts mehr. Es muss eine Lösung her.

Das Gesetz sieht den Fall der Nachverhandlung eigentlich gar nicht vor. Es hält in Art. 362 StPO lediglich fest, dass das Gericht frei darüber befindet, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist, die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und mit den Akten übereinstimmt und die beantragten Sanktionen angemessen sind. Sind die Voraussetzungen erfüllt, so erhebt es die Anklageschrift zum Urteil. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, weist das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines ordentlichen Vorverfahrens zurück. Das Gesetz gibt also nur eine binäre Antwort: Genehmigung oder Nichtgenehmigung.

Die Botschaft und ein Teil der Lehre verweisen aber darauf, dass nichts dagegen spreche, den Urteilsvorschlag vor Schranken anzupassen, sofern alle Beteiligten da-

* DIEGO R. GFELLER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Peyer Partner Rechtsanwälte, Zürich.

¹ Vgl. dazu IRMA JAGGI, Die strafprozessuale Absprache vor den Schranken des Gerichts – Rolle und Einfluss des Gerichts im abgekürzten Verfahren, Diss. Luzern, Zürich 2016.

² TOM FELBER, Geld verjubelt und den Investor mit Sex erpresst, NZZ vom 22.3.2017, 18, unter Hinweis auf ein abgekürztes Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich (GG160258 vom 21.3.2017).

mit einverstanden sind.³ Es gibt wohl eine nicht zu vernachlässigende Anzahl von Urteilen, die vor Schranken nachverhandelt wurden. Dies erspart dem Gericht die Rückweisung und der Staatsanwaltschaft eine Anklage im ordentlichen Verfahren resp. die Wiedereinbringung einer abgeänderten Anklageschrift. Soweit die Abänderungen zugunsten des Beschuldigten ausfallen und keine Interessen der Privatklägerschaft verletzt werden, spricht tatsächlich nicht viel gegen eine solche Nachverhandlung.⁴

B. ... vs. Übereilungsschutz

Es kann aber auch vorkommen, dass das Gericht die vereinbarte Sanktion als zu milde erachtet und in Aussicht stellt, das Urteil nicht zu genehmigen. Bevor in einer solchen Situation zu Nachverhandlungen gegriffen wird, erscheint es angebracht, dass die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung aufgefordert werden, die Erwägungen zu erläutern, die dem Urteilsvorschlag zugrunde liegen. Dies deshalb, weil das Gericht regelmässig die Grundlage des abgekürzten Verfahrens gar nicht kennt. Sofern sich das Gericht damit zufriedengeben kann, erübrigen sich Weiterungen.

Sollten die Erklärungen der Parteien zu den Hintergründen der Verständigungslösung nicht reichen, so stellt sich tatsächlich die Frage, ob nachverhandelt werden darf. Während ein Teil der Lehre Nachverhandlungen auch diesbezüglich als zulässig erachtet,⁵ sind andere Autoren zu recht skeptisch⁶ oder lehnen solche gänzlich ab.⁷

Kritisiert wird in der Lehre nebst der fehlenden gesetzlichen Regelung, des mit der Abänderung der Anklageschrift verbundenen Verstosses gegen das Anklageprinzip und einer spezifischen Ausstandsproblematik,⁸ dass solche Absprachen vor Schranken keinen Übereilungsschutz kennen.⁹ Während der Beschuldigte bei der Zustellung des Urteilsvorschlags durch die Staatsanwaltschaft eine Bedenkfrist von 10 Tagen hat (Art. 360 Abs. 2 StPO), entfällt dieser Übereilungsschutz bei Nachverhandlungen vor Schranken. Mit der Bestätigung in der Hauptverhandlung verzichtet der Beschuldigte nämlich auf ein Rechtsmittel (Art. 360 Abs. 1 lit. h StPO). Aus diesem Grund wird teils eine Sistierungslösung gefordert.¹⁰

Dieser Ansicht ist zu folgen: Es kann nicht angehen, dass einem Beschuldigten im Verfahren bei der Staatsanwaltschaft 10 Tage Bedenkfrist gegeben wird, er sich zu Recht darauf verlässt, dass der Urteilsvorschlag zum Urteil erhoben wird, um dann vom Gericht zu erfahren, dass er sein Einverständnis zu einer höheren Strafe geben müsse, andernfalls das Verfahren zurückgewiesen werde (und er somit womöglich noch länger in Haft verbleiben muss) – und dies ohne jegliche Bedenkfrist. In einer solchen Situation sollte das Gericht somit die Hauptverhandlung für 10 Tage unterbrechen innert der die Parteien sich zum abgeänderten Urteilsvorschlag äussern können. Eine neuerliche Anhörung ist m.E. entbehrlich. Die Zustimmung könnte auch schriftlich gegeben werden.

Kommt eine Einigung zustande, doch verweigert das Gericht eine Bedenkfrist, so müsste nach meinem Dafürhalten eine Berufung nach Art. 362 Abs. 5 StPO zulässig sein, da sich das Urteil und die Anklageschrift nicht decken. Die Diskrepanz beruht zwar auf einem einvernehmlichen Entscheid, weshalb gewisse Autoren die Berufung wegen «*venire contra factum proprium*» ablehnen.¹¹ Das Argument greift jedoch nicht, wenn das Einverständnis des Beschuldigten auf einer solchen Drucksituation beruht. Der antizipierte Rechtsmittelverzicht gilt nämlich nicht für eine nachträgliche Änderung.¹²

³ BBI 2006, 1297; BSK StPO-GREINER/JAGGI, Art. 362 N 24, m.w.H., in: Marcel A. Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), StPO, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK StPO-Verfasser).

⁴ Im Kanton Zürich wird teils argumentiert, dass Anklagen im abgekürzten Verfahren gemäss den Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft (WOSTA vom 1.9.2016, 14.3.3.) der Zustimmung des leitenden Staatsanwaltes bedürfen, woraus folge, dass der zuständige Staatsanwalt vor Schranken ohne Zustimmung der Leitung nicht zur Abänderung berechtigt sei. Diese Weisung hat jedoch keine Grundlage im kantonalen Gerichtsorganisationsgesetz, § 103 Abs. 2 lit. a GOG ZH hält lediglich fest, dass «Einstellungs-, Nichtanhandnahme- und Sistierungsverfügungen» einer Genehmigung bedürfen. Anklagen (auch solche im abgekürzten Verfahren) sind hiervon somit *e contrario* nicht erfasst. Daraus folgt, dass ein vor Schranken reduziertes Strafmass nicht infolge formeller Fehler (z.B. fehlende Genehmigung durch die Leitung) kassiert werden darf.

⁵ So z.B. BSK StPO-GREINER/JAGGI (FN 3), Art. 362 N 24.

⁶ MARC THOMMEN, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, 202 ff.

⁷ FELIX BOMMER, Kurzer Prozess im abgekürzten Verfahren, in: Marianne Heer (Hrsg.), Schriften der Stiftung für die Weiterbildung

schweizerischer Richterinnen und Richter SWR, Bd. 12, 159, der darauf hinweist, dass ein solches Ansinnen automatisch zu einer Schlechterstellung des Beschuldigten führt, entweder durch ein ihm abgerungenes Einverständnis zu einer höheren Strafe oder aber durch die Weiterführung des belastenden Verfahrens, allenfalls sogar in Haft. Diese Analyse ist sicherlich korrekt. Das Problem ist, dass auch ein Verbot von Nachverhandlungen zulasten des Beschuldigten, diesen nicht besserstellt, ist das Gericht doch frei in der Ablehnung und die Ablehnung ihrerseits nicht anfechtbar.

⁸ Vgl. bspw. THOMMEN (FN 6), 202 ff.

⁹ THOMMEN (FN 6), 204.

¹⁰ THOMMEN (FN 6), 204; BStGer, SK.2011.29, 25.9.2012.

¹¹ BSK StPO-GREINER/JAGGI (FN 3), Art. 362 N 48.

¹² THOMMEN (FN 6), 204.

C. Zustimmung der Privatklägerschaft?

Ein besonderes Problem besteht zudem dort, wo sich Geschädigte als Privatkläger konstituiert haben. Unbestrittenermassen ist deren Zustimmung einzuholen, soweit Punkte betroffen sind, die die Rechte der Privatklägerschaft tangieren (Zivilpunkt und Schuldpunkt, und dies nur insofern sie sich entsprechend konstituiert haben). Wie verhält es sich jedoch, wenn – wie im Einleitungsbeispiel – die Strafe reduziert werden soll? Man könnte nämlich argumentieren, dass die Privatklägerschaft, der im Einleitungsverfahren ein Urteilsvorschlag zugestellt wurde, diesen ja ohne Angabe von Gründen ablehnen könne, mithin auch wegen der Strafhöhe.¹³ Es wäre somit konsistent, wenn die Privatklägerschaft auch bei Nachverhandlungen bezüglich des Strafpunktes ein Wörtchen mitreden dürfte.¹⁴

Das ist indes abzulehnen. Die StPO ist nämlich so konzipiert, dass die Privatklägerschaft zum Strafpunkt nicht plädieren darf und diesbezüglich auch nicht zur Erhebung von Rechtsmitteln legitimiert ist. Es wäre somit systemwidrig, wenn im abgekürzten Verfahren diesbezüglich andere Regeln gelten würden.¹⁵ Der Privatklägerschaft kommt somit in Bezug auf die Saktion kein Mitspracherecht zu.

D. Fazit

Damit das Problem von Nachverhandlungen gar nicht erst auftaucht, muss sich das Gericht bereits frühzeitig mit dem Fall auseinandersetzen. Wird bereits bei der Vorbereitung klar, dass ein Urteil wie im Einleitungsbeispiel aus rechtlichen Gründen gar nicht ergehen kann, so sind die Parteien zu informieren und die Anklage ist zurückzuweisen.

Geht es um die Angemessenheit der Sanktion, so ist zunächst daran zu erinnern, dass das Gericht diesbezüglich zwar frei ist, sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung auferlegen sollte. Meines Erachtens sollte die Genehmigung wegen der Sanktionen nur dann verweigert werden, wenn diese geradezu rechtsmissbräuchlich hoch oder tief

ausgefallen sind. In diesem Sinn sollten sich die Gerichte bei der Genehmigung von abgekürzten Verfahren einer ähnlichen Zurückhaltung befleissigen, wie das Bundesgericht es im Allgemeinen bei der Strafzumessung tut. Das Bundesgericht greift in das Ermessen des Sachgerichts praxisgemäss nur ein, «wenn der kantonale Richter den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, wenn er von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder wenn er umgekehrt solche Faktoren ausser Acht gelassen hat und schliesslich, wenn er wesentliche Kriterien in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat; ferner wenn er – sein Ermessen missbrauchend – eine unhaltbar hohe oder milde Strafe ausgefällt hat».¹⁶

Erweist sich eine Nachbesserung als erforderlich und wollen das Gericht und die Parteien eine vollständige Rückweisung vermeiden, so sind Nachverhandlungen nach meinem Dafürhalten zulässig, doch ist den Parteien analog zu Art. 359 StPO eine Bedenkfrist einzuräumen.¹⁷ Dies jedenfalls dann, wenn das Urteil zum Nachteil des Beschuldigten angepasst werden soll.

Wünschenswert wären allemal ein gesetzgeberisches Tätigwerden oder Leitlinien des Bundesgerichts. Zu regeln wäre bspw., in welchen Situationen Nachverhandlungen zulässig sind und die Modalitäten solcher Nachverhandlungen (z.B. Bedenkfrist). Zudem sollte die fehlende Anfechtbarkeit des ablehnenden Entscheids überdacht werden.

III. Empfehlungen für die Praxis

Idealerweise geht man somit wie folgt vor:

- Vermeidung der Nachverhandlung durch Vorbereitung durch das Gericht;
- Vermeidung der Nachverhandlung durch Erläuterung des Urteilsvorschlags durch die Parteien;
- Vermeidung der Übereilung durch Sistierung bzw. Bedenkfrist.

¹³ Vgl. dazu BSK StPO-GREINER/JAGGI (FN 3), Art. 360 N 31, die jedoch festhalten, dass im Fall, dass die Privatklägerschaft die Zustimmung explizit mit Hinweis auf die Sanktionshöhe verweigert, fraglich sei, ob die Ablehnung eine Wirkung entfalte. Dem ist m.E. zuzustimmen.

¹⁴ So bspw. SCHWARZENEGGER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. A., Zürich 2014, Art. 360 N 10.

¹⁵ JAGGI (FN 1), 208 f.; so auch BStGer, SK.2011.20, 14.10.2011, 2 f.; BOMMER (FN 7), 158.

¹⁶ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 236, m.w.H., in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), StGB I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013.

¹⁷ Ähnlich, aber mit der Mahnung zur Zurückhaltung JAGGI (FN 1), 215. So auch THOMMEN (FN 6), 204.