

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editrici

Jürg-Beat Ackermann

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Anja Hasler

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 194

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 222

Niklaus Schmid: Nochmals zum Rechtsmittel gegen selbstständig gefällte
Entscheide nach Art. 365 StPO 222

Niklaus Oberholzer: Verdeckte Zwangsmassnahmen und Richtervorbehalt 225

Olivier Thormann: Das abgekürzte (?) Vorverfahren – Ein abgekürztes
Vademecum für die Staatsanwaltschaft 231

Revital Ludewig/Bianca De Matteis: Haben es Staatsanwälte schwerer
als Richter? – Berufsbelastungen und Copingstrategien von Staatsanwälten 238

Felix Bommer: Einstellungsverfügung und Öffentlichkeit –
Dogmatische Bemerkungen zum «Fall Nef» 245

Omar Abo Youssef: Blog-Kommentare als quellengeschützte Informationen? –
Zugleich Besprechung von BGE 136 IV 145 251

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONI 257



Stämpfli Verlag AG

www.forumpoenale.ch

4. Jahrgang – Année – Anno; August – Août – Agosto 2011
Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno
Zitervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –
FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina
ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber
Editeurs
Editori

Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, Hirschengraben 31, Postfach 7460, CH-6000 Luzern 7,
E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch

Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail,
CH-1211 Genève 4, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch

Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich, Freiensteinstrasse 5, 8032 Zürich,
E-Mail: Ist.wohlers@rwi.uzh.ch

Schriftleitung
Direction de revue
Direzione della rivista

Anja Hasler, MLaw, Universität Zürich, Freiensteinstrasse 5, CH-8032 Zürich, Telefon: +41 (0)44 634 36 61,
Telefax: +41 (0)44 634 43 88, E-Mail: forumpoenale@rwi.uzh.ch, Internet: www.forumpoenale.ch

Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di:
Birte Ahrendt, Adrian Bachmann, Zhuoli Chen, Diego Langenegger, Florian Went

Beirat
Comité consultatif
Comitato consultivo

lic. iur. Christian Aebi, M.C.L., Oberstaatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons Zug; Dr. iur. Felix Bänziger, Oberstaatsanwalt des Kantons Solothurn; lic. iur. Kurt Balmer, Präsident der III. Strafkammer, Obergericht des Kantons Zürich; Prof. Paolo Bernasconi, HSG-Titularprofessor, Rechtsanwalt, Peter, Bernasconi & Partners, Lugano; Dr. iur. Erwin Beyeler, Bundesanwalt; lic. iur. Lucius Richard Blattner, LL.M., CFE, BBA, CAMS, Rechtsanwalt; lic. iur. Corinne Bouvard, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Andreas Brunner, Leitender Oberstaatsanwalt, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Lorenz Erni, Rechtsanwalt; lic. iur. Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt; Prof. Dr. iur. Marc Forster, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Straf- und Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht; Dr. iur. Peter Goldschmid, Fürsprecher, Bundesamt für Justiz; Georges Greiner, Fürsprecher, Oberrichter des Kantons Bern; Dr. iur. Thomas Hansjakob, Erster Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen; lic. iur. Beat Hensler, Kommandant Kantonspolizei Luzern und Präsident der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz, KKPKS; Annemarie Hubschmid Volz, Gerichtspräsidentin Gerichtskreis V Burgdorf-Fraubrunnen; lic. iur. Christoph Ill, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Studienleiter Forensik am CCFW, Hochschule Luzern; lic. iur. Konrad Jeker, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt, Solothurn; Dr. iur. Viktor Lieber, Generalsekretär des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Dr. iur. Alain Macaluso, Avocat au barreau de Genève, Chargé de Cours à l'Université de Fribourg; Hans-Peter Marti, Obergerichtspräsident Kanton Solothurn; Dr. iur. Niklaus Oberholzer, Präsident der Anklagekammer des Kantons St. Gallen; Prof. Dr. iur. Peter Popp, Richter am Bundesstrafgericht; lic. iur. Daniel Rietiker, MA International Relations, Jurist am EGMR; Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Strafprozessrecht, Richter am Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft; Urs Rudolf, Rechtsanwalt und Notar, Emmenbrücke; lic. iur. Horst Schmitt, Stv. Oberstaatsanwalt des Kantons Luzern; Dr. iur. Jörg Schwarz, Rechtsanwalt und Notar in Luzern, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern; Dr. iur. Nils Stohner, Fürsprecher, LL.M., Gerichtsschreiber am Bundesgericht; Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Rechtsanwalt, Oberassistent und Dozent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Luzern; Jean Treccani, Juge d'instruction du canton de Vaud, Chargé de cours à l'Université de Lausanne; lic. iur. Hanspeter Uster, Rechtsanwalt und Notar, Leiter des CCFW, Stiftungsratspräsident des Schweizerischen Polizeinstitutes (SPI); Dr. iur. Petra Venetz, Kriminalrichterin am Kriminalgericht des Kantons Luzern; Dr. iur. Mark E. Villiger, Richter am EGMR, Titularprofessor Univ. Zürich; Dr. iur. h.c. Hans Wiprächtiger, Bundesrichter

Regeste
Résumé
Regesto

Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt durch:
Gabriella D'Addario Di Paolo (italienisch); Anja Hasler (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)

Aufsätze
Articles
Articoli

Die Rubrik Aufsätze wird durch Jürg-Beat Ackermann betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an juerg-beat.ackermann@unilu.ch.

La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Jürg-Beat Ackermann. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à juerg-beat.ackermann@unilu.ch.

La rubrica Articoli è curata da Jürg-Beat Ackermann. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a juerg-beat.ackermann@unilu.ch.

Verlag
Editions
Edizioni

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 66,
Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.ch

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift forumpoenale vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal forumpoenale. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

Inserate
Annonces
Inserti

Stämpfli Publikationen AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern,
Telefon: +41 (0)31 300 63 84, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Abonnemente
Abonnements
Abbonamenti

Stämpfli Publikationen AG, Abonnementsmarketing, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern,
Telefon: +41 (0)31 300 66 66, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: abbonemente@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 275.– (Print und Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo:
CHF 50.– (exkl. Porto); Ausland – Etranger – Estero: CHF 287.– (Print und Online)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt.

worfen hat, nämlich dass stets eine Gefahr für Leib und Leben erforderlich sei; damit würde es seiner eigenen Argumentation widersprechen. Möglicherweise wollte das Bundesgericht mit diesem Hinweis aber lediglich die Schwere des Vergehens und die Erheblichkeit der Gefährdung unterstreichen. Denn die Schwierigkeit liegt darin, dass der Haftgrund eine erhebliche Gefahr für die Sicherheit anderer fordert, während gemäss der betäubungsmittelrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts beim Handel mit Cannabis eine Gefährdung der Gesundheit einer Vielzahl von Menschen im Sinne des mengenmässig schweren Falls von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG gerade ausser Betracht fällt (BGE 120 IV 256, 258 f.). Das Bundesgericht erweckt nun den Eindruck, als habe es mit dem Hinweis auf das gewaltbereite Umfeld des Betäubungsmittelhandels die Kernfrage umgehen wollen, ob der Handel mit Cannabis *allein* eine im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO *erhebliche* Gefahr für die Gesundheit anderer schaffen kann. Um die Beantwortung dieser Frage kommt man letztlich nicht herum. Denn mit der gestützt auf die Mindeststrafandrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe getroffenen Feststellung, dass es sich bei gewerbs- oder bandenmässigem Betäubungsmittelhandel um schwere Vergehen handelt, ist streng genommen die Frage nach der *Erheblichkeit der Gefahr* für die Gesundheit anderer noch nicht beantwortet. Die Lösung kann nur darin liegen, dass der Handel mit grossen Mengen Cannabis eine «erhebliche» Gefahr für die Sicherheit anderer schaffen kann, auch wenn das Erfordernis der Gefährdung der Gesundheit «einer Vielzahl von Menschen» im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes nie erfüllt ist. Das ist nur scheinbar ein Widerspruch; die Bestimmungen der Strafprozessordnung und des Betäubungsmittelgesetzes sind stets aus ihrem eigenen Wortlaut und Gesetzessinn auszulegen, weshalb die beiden Gesetze eine ähnliche Fragestellung auch unterschiedlich bewerten können. Da der Haftgrund nur eine erhebliche, nicht aber eine grosse Gefahr verlangt, ist es durchaus vertretbar, auch beim Handel mit Cannabis im grossen Stil von einer erheblichen Gefahr der Sicherheit anderer auszugehen. Untauglich erscheint es hingegen, die letzten Zweifel über die Richtigkeit dieser Auffassung mit dem allgemeinen Hinweis auf das gewaltbereite Umfeld des Betäubungsmittelhandels auszuräumen. Denn dieses Argument kann nur zutreffen, wenn der beschuldigten Person im *konkreten* Fall tatsächlich Gewaltbereitschaft vorgeworfen kann. Der Haftgrund verlangt nicht eine theoretische, sondern eine konkrete Gefahr. Im Ergebnis kann daher der Entscheid des Bundesgerichts m.E. nur so gedeutet werden, dass für die Annahme einer erheblichen Gefahr für die Sicherheit anderer der Handel mit grossen Mengen Cannabis genügt.

Dr. iur. Christian Josi, Gerichtspräsident am Regionalgericht Bern-Mittelland

Nr. 40 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 4. Februar 2011 i.S. Staatsanwaltschaft Basel-Stadt gegen X. – 6B_707/2010

Art. 428 Abs. 2 StPO: Kostentragung im Berufungsverfahren.

Ein erstinstanzlicher Entscheid ist nicht wesentlich geändert, wenn der Beschwerdeführer im Appellationsverfahren mit seinem Antrag auf Schuldspruch wegen fahrlässiger statt vorsätzlicher Körperverletzung obsiegt, hingegen mit seinem Antrag auf Reduktion der Geldstrafe nicht durchdringt. Es ist deshalb nicht willkürlich, wenn das Appellationsgericht dem Beschwerdeführer die gesamten Verfahrenskosten auferlegt. (Regeste des Anmerkungsverfassers)

Art. 428 al. 2 CPP: mise à charge des frais dans la procédure d'appel.

La modification apportée à la décision rendue en première instance est de peu d'importance lorsque le recourant, initialement condamné pour lésions corporelles intentionnelles, obtient en appel une déclaration de culpabilité pour lésions corporelles par négligence, mais voit ses conclusions en réduction de la peine pécuniaire être rejetées. En conséquence, la juridiction d'appel ne verse pas dans l'arbitraire si elle met la totalité de frais de procédure à la charge du recourant. (Résumé de l'auteur du commentaire)

Art. 428 cpv. 2 CPP: onere delle spese nella procedura di appello.

Una decisione di prima istanza non è modificata in maniera importante se il ricorrente, inizialmente condannato per lesioni personali intenzionali, nella procedura di appello ottiene una dichiarazione di colpevolezza per lesioni personali colpose, ma soccombe con la sua conclusione di ridurre la pena pecuniaria. Di conseguenza, non costituisce arbitrio se il tribunale di appello addossa la totalità delle spese procedurali al ricorrente. (Regesto dell'autore del commento)

Sachverhalt:

Dr. med. X., Zahnarzt, extrahierte am 8.5.2006 der damals knapp 15-jährigen Patientin A. anstelle der vier Weisheitszähne die benachbarten Backenzähne, ohne sie zuvor über sein beabsichtigtes Vorgehen aufgeklärt zu haben. Am 10.7.2008 wurde X. erstinstanzlich der qualifizierten einfachen Körperverletzung schuldig gesprochen. Er wurde zu einer bedingten Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu CHF 500.– sowie zur Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung an A. verurteilt.

Das Appellationsgericht BS sprach X. mit Urteil vom 3.3.2010 der fahrlässigen Körperverletzung schuldig. Die Genugtuung an A. erhöhte es von CHF 4000.– auf CHF 6000.–. Im Übrigen bestätigte das Appellationsgericht das erstinstanzliche Urteil. Es legte X. die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens mit Einschluss einer

Urteilsgebühr von CHF 3000.– und einer reduzierten Parteientschädigung an A. von CHF 800.– auf.

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X., er sei wegen fahrlässiger Körperverletzung zu einer bedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu CHF 500.– zu verurteilen. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens seien dem Staat aufzuerlegen. Ihm sei für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 10 685.20 durch den Staat auszurichten. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen zurückzuweisen. Das BGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

[...]

2. Der Beschwerdeführer rügt weiter eine willkürliche Anwendung von kantonalem Strafprozessrecht bei der zweitinstanzlichen Kostenaufgabe.

2.1 Die Vorinstanz führt aus, die Appellation des Beschwerdeführers sei insofern gutzuheissen, als er lediglich der fahrlässigen Körperverletzung schuldig zu erklären sei. Jedoch könnten nach § 35 Abs. 3 StPO dem Freigesprochenen die Verfahrenskosten auferlegt werden, soweit er das Verfahren durch ein strafprozessual vorwerfbares Verhalten veranlasst oder erschwert habe. Nämliches gelte nach § 37 Abs. 2 StPO für die Verweigerung einer Entschädigung. Dem Beschwerdeführer sei ein derartiges Verhalten vorzuwerfen. Er habe sichtlich Mühe gehabt, den fahrlässig begangenen schweren Kunstfehler zuzugeben. Mit nicht ganz eindeutigen Erklärungen habe er versucht, die Sache für sich günstiger aussehen zu lassen. Es sei weitgehend seinen widersprüchlichen Einlassungen zuzuschreiben, dass Staatsanwaltschaft und erste Instanz auf Vorsatz erkannt hätten. Davon abgesehen sei zu berücksichtigen, dass es trotz milderem Schuldspruch bei der erstinstanzlich ausgesprochenen Strafe bleibe. Weil das Opfer mit seinem Antrag betreffend die Höhe der Genugtuung teilweise erfolgreich sei, schulde ihm der Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung [...].

2.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, es verletze seinen Anspruch auf willkürfreie Behandlung durch die staatlichen Organe, indem ihm die Vorinstanz die Verfahrenskosten – inklusive der reduzierten Parteientschädigung an A. – auferlege. Ein Angeklagter, der die Auskunft verweigere oder die Tat zu Unrecht bestreite, begehe kein prozesswidriges Verhalten. Er habe bereits anlässlich der ersten Einvernahme zugegeben, dass ihm ein Irrtum unterlaufen sei. Es sei Aufgabe der Strafbehörde, die rechtliche Qualifikation eines Verhaltens als fahrlässig oder vorsätzlich vorzunehmen. Deshalb gehe der Vorwurf, er habe keine eindeutige Erklärung abgegeben, «fahrlässig einen schweren Kunstfehler» begangen zu haben, völlig fehl. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft sowie die Verurteilung durch die erste Instanz zu einfacher qualifizierter Körperverletzung beruhten vielmehr auf einer mangelhaften Würdigung der amtlichen Akten.

2.3 Gemäss Art. 95 BGG kann die Anwendung einfachen kantonalen Rechts mit Beschwerde an das Bundesgericht nur gerügt werden, wenn geltend gemacht wird, sie verletze gleichzeitig das Willkürverbot von Art. 9 BV. Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn der Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 135 I 313 E. 1.3 S. 316; 135 II 356 E. 4.2.1 S. 362; je mit Hinweisen). Dabei genügt es nicht, wenn der angefochtene Entscheid sich nur in der Begründung als unhaltbar erweist; eine Aufhebung des Entscheids rechtfertigt sich erst, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133 mit Hinweisen).

2.4 Nach § 165 Abs. 2 Satz 1 der Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8.1.1997 (StPO/BS; SG 257.100) sind die Kosten eines Rechtsmittelverfahrens in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Grundsätze von §§ 35 f. nach dem Ausgang der Sache entweder vom Staat oder von der unterliegenden Partei zu tragen. Vorliegend hat der Beschwerdeführer im Appellationsverfahren mit dem Antrag auf Schuldspruch wegen fahrlässiger Körperverletzung obsiegt. Da er hingegen mit seinem Antrag auf Reduktion der Geldstrafe nicht durchgedrungen ist, wurde der erstinstanzliche Entscheid nicht wesentlich geändert. Bei einem solchen Ausgang ist es nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die gesamten Verfahrenskosten auferlegt. Im ähnlichen Sinne wird auch in der – vorliegend noch nicht anwendbaren – Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) in Art. 428 explizit statuiert, dass einer Partei, die ein Rechtsmittel ergriffen und einen für sie günstigeren Entscheid erwirkt hat, die Verfahrenskosten auferlegt werden können, wenn «die Voraussetzungen für das Obsiegen erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen worden sind» oder «der angefochtene Entscheid nur unwesentlich abgeändert wird» (Abs. 2). Vorliegend kann offen gelassen werden, ob der Beschwerdeführer das Strafverfahren durch ein strafprozessual vorwerfbares Verhalten veranlasst oder erschwert hat (vgl. Art. 35 Abs. 3 StPO/BS und Art. 37 Abs. 2 StPO/BS), weil das angefochtene Urteil nach dem Gesagten jedenfalls zumindest im Ergebnis nicht willkürlich ist (vgl. BGE 134 II 124 a.a.O.). Gleiches gilt für die reduzierte Parteientschädigung an das Opfer, welches mit seinem Antrag auf Erhöhung der Genugtuung teilweise durchgedrungen ist – die Parteientschädigung ist gemäss § 39 StPO/BS ebenfalls nach dem Ausgang der Sache zuzusprechen. Die Rüge der willkürlichen Anwendung von kantonalem Verfahrensrecht erweist sich als unbegründet.

Bemerkungen:

Der Arzt gewinnt, weil das Appellationsgericht den Schuldspruch antragsgemäss ändert und verliert, weil es das Strafmass beibehält. Gleichwohl befürwortet das Bundesgericht, dass der Beschwerdeführer die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vollumfänglich tragen muss. Begründung: der Be-

schwerdeführer sei mit seinem Antrag auf Reduktion der Geldstrafe nicht durchgedrungen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid nicht wesentlich geändert worden sei. Im Ergebnis sei die Entscheidung deshalb nicht willkürlich.

Künftig ist diese Fallkonstellation von der Regelung des Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO erfasst, auf die das Bundesgericht explizit Bezug nimmt.

I. Als Ausprägung des Verursacherprinzips regelt Art. 426 Abs. 1 StPO, dass die beschuldigte Person die Verfahrenskosten trägt, wenn sie verurteilt wird. Ausnahmen gelten lediglich, wenn diese Kosten durch unnötige oder fehlerhafte Verfahrenshandlungen von Bund oder Kanton verursacht wurden (Art. 426 Abs. 3 StPO). Auch für Übersetzungskosten, die durch Fremdsprachigkeit der beschuldigten Person nötig wurden, hat der Staat aufzukommen. Abgesehen von der Ausnahme in Art. 135 Abs. 4 StPO sind auch die Kosten für die amtliche Verteidigung nicht von der beschuldigten Person zu tragen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

Wird die beschuldigte Person indessen freigesprochen oder wird das Verfahren eingestellt, ist sie grundsätzlich von der Kostentragungspflicht befreit. Ergeht ein Teilfreispruch resp. eine Teileinstellung, sind die Verfahrenskosten anteilmässig zwischen Staat und beschuldigter Person aufzuteilen. Für die Aufschlüsselung der Quote ist die rechtliche Einordnung eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens unbeachtlich. Entscheidend ist stets, dass der ermittelte Sachverhalt zu einer Verurteilung geführt hat, um eine Kostentragungspflicht auszulösen (DOMEISEN, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER, BSK StPO, Basel 2010, Art. 426 N 6 m.w.N.).

Ausnahmsweise kann die beschuldigte Person sogar bei einem Freispruch oder einer Verfahreneinstellung zur Kostentragung verurteilt werden. Während die frühere Praxis es genügen liess, dass der Freigesprochene den objektiven Verdacht einer strafbaren Handlung hervorgerufen hatte, hat das Bundesgericht die Anforderungen unter dem Eindruck der Rechtsprechung des EGMR angepasst und eine Kostentragungspflicht nur bei «prozessualen Verschulden» angenommen (BGE 116 Ia 162). Diese Praxis hat inzwischen Eingang in das Gesetz gefunden, indem Art. 426 Abs. 2 StPO regelt, dass freigesprochenen beschuldigten Personen oder Personen deren Verfahren eingestellt worden ist nur dann ganz oder teilweise die Verfahrenskosten auferlegt werden können, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert haben. Die Einzelheiten werden freilich trotz gesetzgeberischer Klarstellungen umstritten bleiben.

II. Während es im erstinstanzlichen Verfahren nach dem Verursacherprinzip für die Kostentragungspflicht vor allem auf die strafrechtliche Verurteilung ankommt, folgt die Kostenaufgabe im Rechtsmittelverfahren im Grundsatz den zivilprozessualen Regeln des Obsiegens bzw. Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Je nachdem, in welchem Umfang die Anträge von der Rechtsmittelinstanz gutgeheissen werden, erfolgt die Kostenaufteilung zwischen Staat und der obsiegenden Partei.

In zwei Fällen sieht das Gesetz trotz eines günstigeren Entscheides die Möglichkeit einer vollen Kostentragungspflicht für die obsiegende Partei vor, erstens, wenn die Voraussetzungen für das Obsiegen erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen worden sind (Art. 428 Abs. 2 lit. a), oder zweitens, wenn der angefochtene Entscheid nur unwesentlich geändert wird (Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO).

1. Soweit in der Literatur diskutiert, sind unter die zweite Fallgruppe vor allem Rechtsmittelentscheide zu fassen, in denen die Sanktion gegenüber dem angefochtenen Entscheid geringfügig herabgesetzt wird, die Vorinstanz somit keinen eigentlich fehlerhaften Entscheid getroffen, sondern lediglich das Ermessen anders ausgeübt hat (DOMEISEN, BSK StPO, Art. 428 N 21 m.w.N.).

Wann eine lediglich unwesentliche Abweichung im Strafmass zum angefochtenen Entscheid vorliegt, ist im Einzelfall zu bestimmen. So hat das Bundesgericht bspw. einen Entscheid des Obergerichts Zürich gestützt, der dem Beschwerdeführer trotz Reduktion des Strafmasses von 23 Monaten und 16 Tagen Gefängnis auf eine bedingte Freiheitsstrafe von 20 Monaten eine volle Kostentragungspflicht für das Rechtsmittelverfahren auferlegte. Die Rechtsmittelinstanz habe den «erstinstanzlichen Entscheid einzig im Rahmen ihres Ermessens abgeändert, indem sie die Strafe geringfügig reduziert und den Vollzug der Strafe aufgeschoben» habe (BGer, Urteil v. 14.4.2008, 6B_826/2007, E. 2.5).

Aus diesem Entscheid wird einerseits die Bandbreite der Rechtsprechung zur unwesentlichen Abänderung des erstinstanzlichen Urteils deutlich. Andererseits zeigt sich in der Rechtsprechung die Tendenz, die Unwesentlichkeit der Abweichung gänzlich unabhängig vom Grad des Obsiegens (gemessen am Antrag), sondern alleine aus der Differenz der unterschiedlichen Strafmasse zu bestimmen. In der Begründung geht das Gericht jedenfalls in keiner Weise auf die Massgeblichkeit der Abweichung von den Anträgen des Berufungsführers ein.

Eine solche Interpretation ist zwar vom Wortlaut in Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO gedeckt, vermag in der Sache aber nicht zu überzeugen. Was als unwesentliche Abänderung zu verstehen ist, muss sich vielmehr massgeblich am Parteienantrag orientieren. Diese in Art. 428 Abs. 1 StPO zurecht festgelegte Grundregel darf bei der Anwendung der (fakultativen) Ausnahmeregel in Art. 428 Abs. 2 StPO nicht aussen vor gelassen werden. Damit hat es jede Partei auch in der Hand, das Kostenrisiko in einem gewissen Ausmass selbst zu beeinflussen. Je realistischer bzw. erfolgversprechender ein Antrag formuliert ist, desto geringer ist auch das Risiko, selbst im Falle eines Teilobsiegens auf den Kosten des Rechtsmittelverfahrens sitzen zu bleiben. Umgekehrt bedeutet dies, dass eher fernliegende Begehren unzweckmässig sind, weil die Partei dann ein erhöhtes Kostenrisiko zu tragen hat.

Die Unwesentlichkeit der Abänderung eines erstinstanzlichen Urteils bestimmt sich deshalb aus der Relation zwischen Parteienantrag und dem Umfang dessen Gutheissung.

Dabei darf auch in Fällen, in denen das Rechtsmittelgericht dem Parteienantrag nur in begrenztem Umfang folgt, nicht indiziell ein unwesentliches Obsiegen angenommen werden. Insofern als es der Rechtsmittelinstanz ohne Weiteres möglich ist, die Kostenverteilung zwischen den Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens bzw. Unterliegens flexibel und dem jeweiligen Einzelfall angepasst festzusetzen, muss jedes Abweichen von der Regel in Art. 428 Abs. 1 StPO genau begründet werden. Da Art. 428 Abs. 2 StPO insoweit vom Gericht eine pflichtgemässe Ermessensausübung («können») verlangt, verbieten sich grundsätzlich Pauschalisierungen.

Eine allzu grosszügige Auslegung von Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO darf auch nicht dazu führen, dass Personen abgehalten werden, überhaupt ein Rechtsmittel zu ergreifen. Gerade weil das Bundesgericht die Strafzumessung als Ermessensfrage begreift und deshalb nur dann korrigierend eingreift, «wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgeblichen Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat» (BGE 136 IV 55, 61), muss aber gelten, dass jedenfalls das Rechtsmittel an die zweite Instanz nicht dadurch faktisch erschwert werden darf, dass sich eine Berufung nicht mehr lohnt, weil das Kostenrisiko den zu erwartenden (und auch zugesprochenen) Vorteil aufwiegt. Besonders kritisch sind dabei gar nicht unbedingt die krassen Fälle, wie etwa die bereits angeführte Entscheidung des Bundesgerichts hinsichtlich der Abänderung der unbedingten in eine bedingte Strafe. Hierfür streitet, wenn gleich letztlich nicht überzeugend, dass die betroffene Person schon alleine aufgrund der berechtigten Hoffnung, eine bedingte Strafe zu erwarten, nicht von der Ergreifung eines Rechtsmittels abgehalten wird. Wenn aber eine Geldstrafe im Rechtsmittelverfahren reduziert werden soll, würde sich jeder gut beratene Berufungsführer vor der Ergreifung eines Rechtsmittels ausrechnen müssen, ob sich die geplante Reduktion der Strafe vor dem Hintergrund des Kostenträgerungsrisikos lohnt.

Von der Ausnahmeregelung in Art. 428 Abs. 2 StPO sollte deshalb nur restriktiv Gebrauch gemacht werden.

2. Dies führt zu der Frage, ob neben der ausgesprochenen Strafe noch andere Faktoren zu berücksichtigen sind, wenn es darum geht, die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit des Obsiegens einer Partei im Rechtsmittelverfahren festzustellen. Das Bundesgericht scheint dies im zu besprechenden Entscheid zu verneinen, wenn es ausführt, dass der Beschwerdeführer mit seinem Antrag auf Reduktion der Geldstrafe nicht durchgedrungen sei, weshalb der erstinstanzliche Entscheid nicht wesentlich geändert worden sei (E. 2.4). Die Tatsache alleine, dass die Rechtsmittelinstanz den Schuldspruch von einer vorsätzlichen Körperverletzung in eine fahrlässige Körperverletzung geändert hat, ist nach Auffassung des Bundesgerichts für sich nicht hinreichend, um eine Reduktion der Verfahrenskosten zu rechtfertigen.

Dies überzeugt nicht. Die Dinge liegen im Rechtsmittelverfahren anders als im erstinstanzlichen Verfahren, wo eine andere rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts durch das Gericht (etwa Veruntreuung statt Diebstahl) keine Reduktion der Verfahrenskosten bewirkt (DOMEISEN, BSK StPO, Art. 426 N 6). Während die angeschuldigte Person durch ihr Fehlverhalten Anlass für die Strafuntersuchungen gegeben hat und im Vorverfahren nur sehr eingeschränkt auf das Verfahren Einfluss nehmen kann (kein Rechtsmittel gegen die Anklageerhebung, Art. 324 Abs. 2 StPO), muss es der betroffenen Person möglich sein, Fehler in der Rechtsanwendung durch das Gericht mittels Einlegung eines Rechtsmittels beseitigen zu lassen. Die angeschuldigte Person hat mit anderen Worten nicht nur das Recht auf eine schuldangemessene Strafe, sondern auch auf eine rechtlich einwandfreie Würdigung und Subsumtion des ihr vorgeworfenen Fehlverhaltens. Auch die Signalwirkung ist eine falsche, weil das strafrechtliche Urteil – überspitzt gesagt – auf seine Rechtsfolgen reduziert wird. Nicht aber die Strafe alleine bewirkt den im Urteil enthaltenen sozialem Tadel, sondern auch und insbesondere der Vorwurf eines bestimmten Delikts und des damit verbundenen Fehlverhaltens. Dies gilt umso mehr, wenn man für den vorliegenden Fall bedenkt, dass die Rechtsmittelinstanz ein Vorsatzdelikt in ein Fahrlässigkeitsdelikt geändert hat, was nicht nur den Schuldspruch massgeblich verändert, sondern auch und gerade bei Personen aus der Berufsgruppe der Medizinalberufe im haftungsrechtlichen oder disziplinarrechtlichen Sinn Konsequenzen haben kann.

Jedenfalls wenn das Rechtsmittelgericht von einem anderen Deliktstypus ausgeht oder eine Qualifikation wegfällt, muss deshalb eine wesentliche Änderung des Urteils angenommen werden, auch wenn das Strafmass beibehalten wird. Obwohl der Beschwerdeführer mit seinem Antrag auf Reduktion der Strafe nicht durchgedrungen ist, muss deshalb schon die antragsgemässe Verurteilung zu einer fahrlässigen Körperverletzung genügen, um von einem wesentlichen Obsiegen auszugehen.

III. Das Bundesgericht beschreitet einen problematischen Weg, wenn es die Unwesentlichkeit der Abänderung des angefochtenen Entscheides (Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO) überwiegend an der Differenz der ausgefallenen Strafen von Erst- und Rechtsmittelinstanz orientiert. Es ist zu vermeiden, dass das Risiko, die Kosten für das Rechtsmittelverfahren auch im Fall eines (teilweisen) Obsiegens im Ganzen zu tragen, dazu führt, dass sich eine Berufung nicht mehr lohnt und nur deshalb das Urteil der ersten Instanz akzeptiert wird. Erst Recht muss es einer beurteilten Person möglich sein, Fehler in der Rechtsanwendung im Rechtsmittelverfahren korrigieren zu lassen. Auch hier verbietet sich eine Argumentation, die das Urteil ausschliesslich an dessen Rechtsfolgen misst.

Dr. iur. Christopher Geth, wissenschaftlicher Assistent und Lehrbeauftragter, Universität Basel