

## Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363 ff. StPO



**CHRISTOPHER GETH**  
Dr. iur., Wissenschaftlicher  
Assistent am Lehrstuhl für  
Straf- und Strafprozess-  
recht, Universität Basel

### Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts
  - I. Fallgruppen
  - II. Verfahren
- C. Unterschiede zwischen «Beschwerdelösung» und «Berufungslösung»
  - I. Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO
  - II. Berufung nach Art. 398 ff. StPO
  - III. Unterschiede zwischen der Beschwerde und der Berufung im Zusammenhang mit selbstständigen nachträglichen Entscheiden
- D. Inkonsistenzen der «Beschwerdelösung»
  - I. Anordnungen nach Art. 36 StGB und Art. 39 StGB
  - II. Nachträgliche Verwahrung
    - 1. Art. 65 Abs. 2 StGB
    - 2. Art. 62c Abs. 4 StGB
  - III. Verfahren gegen Schuldunfähige
  - IV. Selbstständige nachträgliche Entscheide im Nachgang eines rechtskräftigen Strafbefehls
- E. Fazit

### A. Einleitung

Die neue Strafprozessordnung gibt in vielerlei Hinsicht Anlass zu Diskussionen. Ein praktisch bedeutsamer, aber bislang kaum beachteter<sup>1</sup> Aspekt betrifft die Frage, welches Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363 ff. StPO zulässig ist.

<sup>1</sup> Vgl. aber RENATE SCHNELL, Entscheide nach Art. 365 StPO – berufungsfähig oder nur der Beschwerde zugänglich?, *forum-poenale* 2011, erscheint in Heft 2/2011.

Kann etwa eine Person gegen eine Verwahrung, die aufgrund der Aussichtslosigkeit der Durch- oder Fortführung einer Massnahme (Art. 62c Abs. 1, Abs. 4 StGB) nachträglich angeordnet wird, mit der Berufung gemäss Art. 398 ff. StPO vorgehen, oder ist sie auf das Rechtsmittel der Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO verwiesen?

Für die interessierte Person ist diese Frage von grosser Bedeutung, da bei beiden Rechtsinstituten unterschiedliche Fristen und Begründungsanforderungen gelten, andere Rechtsfolgen an das Rechtsmittel geknüpft sind (etwa hinsichtlich der Frage einer aufschiebenden Wirkung) sowie unterschiedliche Spruchkörper zuständig sind.

Das zulässige Rechtsmittel orientiert sich an der Rechtsform der getroffenen Entscheidung. Was die nachträglichen Entscheide anbelangt, spricht Art. 365 Abs. 2 StPO davon, dass das Gericht einen «Entscheid» erlasse. Damit verweist diese Vorschrift auf die Legaldefinition in Art. 80 Abs. 1 StPO, wonach Entscheide, in denen über Straf- und Zivilfragen materiell befunden wird (sog. Sachentscheide), in Form eines Urteils zu ergehen haben, die anderen Entscheide (sog. Prozessentscheide) hingegen in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung gefällt werden<sup>2</sup>. Während gegen Verfügungen und Beschlüsse die Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO zulässig ist, kann gegen Urteile mit der Berufung (Art. 398 ff. StPO) vorgegangen werden.

Klarer als die Angaben im Gesetz sind die Ausführungen in der Botschaft. Dort liest man, dass derartige Entscheidungen als Verfügung oder Beschluss ergehen sollen, gegen die eine Beschwerde zulässig sei<sup>3</sup>. Werde die nachträgliche Entscheidung im Nachgang zu einem Strafbefehl durch die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörden getroffen, solle ein Strafbefehl erlassen werden, gegen den mittels einer Einsprache an das erstinstanzliche Gericht gelangt werden könne. Die Ausführungen in der Botschaft werden von der überwiegenden Anzahl der Kommentare und Lehrbücher gestützt<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2005, 1085, 1156; DANIELA BRÜSCHWEILER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich 2010, Art. 80 StPO N 1; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel 2005, § 45; NIKLAUS SCHMID, *StPO Praxiskommentar*, Zürich 2009, Art. 80 N 1.

<sup>3</sup> Botschaft StPO (FN 2), 1299.

<sup>4</sup> MARIANNE HEER, in: Marcel A. Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafprozessrecht*, Basel 2010, Art. 365 StPO N 6; DANIEL JOSITSCH, *Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich 2009, N 559; MICHEL PERRIN, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret

Fraglich ist, ob die sich abzeichnende herrschende Ansicht zu überzeugenden Ergebnissen führt. In die Überlegungen einzubeziehen sind Fragen des Menschenrechtsschutzes (vgl. B.II.1), die grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Rechtsmitteln der Beschwerde und der Berufung (vgl. C.) sowie eine Auseinandersetzung mit einigen Fallgruppen selbstständiger nachträglicher Entscheidungen (vgl. D.).

## B. Selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts

### I. Fallgruppen

Auch nach dem rechtskräftigen Abschluss eines Verfahrens kann es aufgrund einer späteren Entwicklung notwendig werden, die im Strafurteil ausgesprochenen Sanktionen abzuändern. Es gibt verschiedene Beispiele für entsprechende Konstellationen, in denen es Gerichten ermöglicht wird, im Nachgang zu einem rechtskräftigen Endentscheid, Anpassungen bei den Strafen oder Massnahmen vorzunehmen. Als Beispiele im Zusammenhang mit Strafen können etwa die Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe bei Nichtbezahlung der Geldstrafe respektive der Busse (Art. 36 Abs. 3 StGB, 106 Abs. 5 StGB), die Umwandlung einer gemeinnützigen Arbeit in eine Geld- oder Freiheitsstrafe (Art. 39 StGB, 107 StGB), Anordnungen nach 95 Abs. 4 StGB, der Widerruf der bedingten Strafe bei Nichtbewährung im Rahmen des bedingten Vollzuges (Art. 46 Abs. 4 StGB, 95 Abs. 3 und 5 StGB) und Modifikationen von Bewährungshilfe oder Weisungen nach der bedingten Entlassung eines gefährlichen Straftäters (Art. 87 Abs. 3 StGB) genannt werden<sup>5</sup>.

Vor allem im Bereich der Massnahmen (Art. 56 ff. StGB) bedarf es einer situationsangemessenen Flexibilisierung. Deshalb kennt der Gesetzgeber hier eine ganze Reihe von Anpassungsmöglichkeiten an geänderte Verhältnisse. Dies können etwa Anordnungen sein, durch welche die Massnahme durch das Gericht verlängert wird, etwa bei der stationären therapeutischen Massnahme (Art. 59 Abs. 4 StGB), der Suchtbehandlung (Art. 60 Abs. 4 StGB), der ambulanten Behandlung (Art. 63 Abs. 4 StGB), der Verlängerung der Pro-

bezeit bei bedingter Entlassung (Art. 62 Abs. 4 StGB) oder der Verlängerung der Probezeit bei Entlassung aus der Verwahrung (Art. 64a Abs. 2 StGB). Daneben stehen Anordnungen, welche die Rückversetzung betreffen (Art. 64a Abs. 3 StGB) oder eine andere Massnahme bzw. den Strafvollzug ersetzen (Art. 62c Abs. 3 und 6, 63b Abs. 5 StGB). Gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB kann dabei auch eine Verwahrung angeordnet werden. Art. 65 Abs. 1 StGB erlaubt es, an Stelle einer Strafe oder der Verwahrung, eine stationäre therapeutische Massnahme nachträglich anzuordnen. Weitere gerichtliche Anordnungs Kompetenzen finden sich im Bereich der ambulanten Massnahmen im Art. 63b Abs. 4 und 5 StGB.

### II. Verfahren

Zuständig für Entscheide im gerichtlichen Nachverfahren ist das erstinstanzliche Gericht, welches das ursprüngliche Strafurteil gefällt hat. Dies können auch die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörde sein, wenn der rechtskräftige Endentscheid im Strafbefehlsverfahren oder Übertretungsstrafverfahren gefällt wurde (Art. 363 Abs. 2 StPO). Ist gegen die betroffene Person ein weiteres Strafverfahren eingeleitet worden, können die entsprechenden Anträge der Vollzugsbehörden oder der Staatsanwaltschaft sowie etwaige Einwendungen der angeklagten Person Gegenstand der neuerlichen Anklage sein. Selbstständige nachträgliche Entscheidungen im gerichtlichen Nachverfahren sind deshalb subsidiär zu einem Strafverfahren, das wegen weiterer Straftaten geführt wird<sup>6</sup>.

Für die betroffene Person kann eine nachträgliche Änderung einer bereits ausgesprochenen rechtskräftigen Strafe oder Massnahme einschneidende Konsequenzen nach sich ziehen. Die Verfahrensgarantien der betroffenen Person im Zusammenhang mit selbstständigen nachträglichen Entscheidungen des Gerichts sind jedoch in mehrerer Hinsicht noch nicht geklärt.

1. Zunächst ist fraglich, ob es sich beim gerichtlichen Nachverfahren um ein Strafverfahren im Sinne von Art. 6 EMRK handelt. Dies wird teilweise mit dem Argument abgelehnt, dem Nachverfahren liege keine «strafrechtliche Anklage» zugrunde<sup>7</sup>. In der Tat spricht auf den ersten Blick der Wortlaut in Art. 6 Abs. 1 EMRK gegen dessen Anwendung. Zu beachten ist jedoch, dass der EGMR den Begriff der Anklage autonom festlegt und er nicht wörtlich im Sinne einer förmlichen Anklageerhebung zu verstehen ist. Anklage wird definiert als eine amtliche Mitteilung an die betroffene Person, dass sie einer Straftat beschuldigt werde<sup>8</sup>. Blickt man isoliert auf das nachgerichtliche Verfahren, das meist durch einen Antrag der Strafvollzugsbehörde eingeleitet wird,

(éd.), *Commentaire Romand Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010, Art. 365 N 11 ff.; SCHMID (FN 2), Art. 365 N 3 f.; NIKLAUS SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich 2009, N 1395; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich 2010, Art. 365 StPO N 2 ff.; FRANZ RIKLIN, *StPO Kommentar*, Zürich 2010, Art. 365 StPO N 2. Für eine Berufungsmöglichkeit plädiert THOMAS MAURER, in: Peter Goldschmid/Thomas Maurer/Jürg Sollberger (Hrsg.), *Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Bern 2008, Art. 398.

<sup>5</sup> Vgl. auch HEER, in: BSK (FN 4), Art. 363 StPO N 1.

<sup>6</sup> HEER, in: BSK (FN 4), Art. 363 StPO N 2.

<sup>7</sup> So etwa HEER, in: BSK (FN 4), Art. 363 StPO N 5.

<sup>8</sup> EGMR vom 27.2.1980, EuGRZ 1980, 667 (*Deweert/Belgien*).

kann man auch nach der weiten Definition der Strafrechtsrelevanz durch den EGMR (vgl. die sog. «Engel-Kriterien») an der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK zweifeln. Diese Argumentation lässt jedoch ausser Betracht, dass es bei den vorne beschriebenen Entscheidungen um die logische Fortführung<sup>9</sup> eines Strafverfahrens geht, das den rechtskräftigen Endentscheid bewirkt hat und selbstverständlich seinerseits mittels einer «Anklage» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK eingeleitet wurde. Dies zeigt sich bereits darin, dass die genannten Normen stets diesen rechtskräftigen Endentscheid voraussetzen und ansonsten nicht anwendbar sind. Zu beachten ist auch, dass Art. 6 EMRK bis zur endgültigen Beendigung des Strafverfahrens Geltung beansprucht<sup>10</sup>. Insofern als die nachträgliche Entscheidung den rechtskräftigen Endentscheid modifiziert, weil die Rechtsfolge des Urteils abgeändert wird, ist es mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person notwendig, die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK zu gewährleisten.

Eine Ausnahme wird man bei blossen strafvollzugsrechtlichen Entscheidungen machen können. Geht es beispielsweise um eine Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe, die bereits im Urteil angedroht wurde, liegt keine eigenständige strafrechtliche Beurteilung vor<sup>11</sup>.

2. Zu diskutieren ist weiter, ob im gerichtlichen Nachverfahren eine notwendige Verteidigung bestehen kann. Eine explizite Regelung in Art. 130 StPO fehlt. Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis kam in diesen Verfahren oftmals nur eine amtliche Verteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 StPO in Betracht<sup>12</sup>. Eine andere Auffassung vertrat jüngst das Kassationsgericht Zürich, das unter Hinweis auf die erhebliche Reichweite der mit der Verlängerung der Probezeit einhergehenden Weisungen eine notwendige Verteidigung beordnete<sup>13</sup>. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Wenn man bedenkt, dass der nachträgliche Entscheid in gleicher Weise und unter gleichen Bedingungen ergeht wie im Strafverfahren, sich also gleich auswirkt wie ein Strafurteil, muss auch in solchen Fällen in analoger Anwendung von Art. 130 StPO eine notwendige Verteidigung beigegeben werden können<sup>14</sup>.

3. Ein besonders sensibler Bereich, der bedauerlicherweise für das Nachverfahren in der Strafprozessordnung nicht geregelt ist, betrifft die Sicherheitshaft. Ähnlich wie im Vorverfahren kann auch im Nachverfahren das Bedürfnis entstehen, den Vollzug einer freiheitsentziehenden Sanktion zu sichern. Zwar behalf sich bislang die – bundesgerichtlich abgesicherte – Praxis mit einer analogen Anwendung der Vorschriften zur Sicherheitshaft ab Anklageerhebung. Anstatt der Feststellung eines hinreichenden Tatverdachts, welcher aufgrund des rechtskräftigen Urteils nicht mehr geprüft werden kann, war nach Ansicht des Bundesgerichts für die Anordnung der Sicherheitshaft entscheidend, ob mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei, dass das Verfahren zu einer Massnahme führe, welche eine Sicherstellung der betroffenen Person erfordere<sup>15</sup>.

Diese Praxis wurde jedoch gerade für Konstellationen als problematisch empfunden, in denen die Freiheitsstrafe, welche mit einer ambulanten Massnahme verbunden wurde, bereits verbüsst war und die ambulante Massnahme in eine stationäre Massnahme umgewandelt werden sollte. Unter Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 EMRK hat schliesslich der EGMR im Entscheid vom 10. Juni 2010 festgehalten, dass § 198 StPO/BS, der die Haft zur Sicherstellung des Vollzuges einer verhängten Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme vor Eintritt der Rechtskraft geregelt hatte, keine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Sicherheitshaft im Nachverfahren bot<sup>16</sup>. Im Bereich der Haft zur Sicherung einer freiheitsentziehenden Massnahme nach Verbüsung der Freiheitsstrafe besteht deshalb Regelungsbedarf.

## C. Unterschiede zwischen «Beschwerdelösung» und «Berufungslösung»

Bevor die einzelnen problematischen Fallgruppen selbstständiger nachträglicher Entscheidungen zu untersuchen sind, macht es Sinn, die zwei in Frage stehenden Rechtsmittel – Beschwerde und Berufung – kurz zu beleuchten.

### I. Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO

Bei der Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO handelt es sich um ein ordentliches, devolutes, nicht-suspensives Rechtsmittel, das subsidiär zur Berufung ist und im Falle ihrer Gutheissung entweder reformatorisch oder kassatorisch wirkt<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> NIKLAUS RUCKSTUHL bezeichnet das Vollzugs- und Widerrufsverfahren treffend als «Fortsetzung bzw. Ergänzung des Hauptverfahrens», vgl. RUCKSTUHL, in: BSK (FN 4), Art. 132 StPO N 11.

<sup>10</sup> JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK Kommentar, 3. A., Kehl 2009, Art. 6 EMRK N 43 m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. dazu hinten D.I.

<sup>12</sup> BGE 117 Ia 277 E. 5 m.w.H.; RUCKSTUHL, in: BSK (FN 4), Art. 130 StPO N 11. So auch nach der neuen Strafprozessordnung: SCHMID (FN 2), Art. 132 N 2.

<sup>13</sup> Vgl. KassGer ZH, 5.9.2008, forumpoenale 2009, 92 mit zustimmender Anmerkung von NIKLAUS RUCKSTUHL.

<sup>14</sup> So auch HEER, in: BSK (FN 4), Art. 365 N 16; RUCKSTUHL, in: BSK (FN 4), Art. 130 N 11. Vgl. auch JÜRGEN AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern 1997, N 543.

<sup>15</sup> BGE 128 I, 184, 189; BGer 6B\_160/2010, Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juni 2010, E. 1.1.; BGer 6B\_644/2010, Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2010, E. 2.3.

<sup>16</sup> Urteil Nr. 22493/06 vom 10. Juni 2010 (*Borer gegen Schweiz*); vgl. auch HEER, in: BSK (FN 4), Art. 364 StPO N 9. Vgl. jetzt Art. 440 StPO.

<sup>17</sup> MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, 229.

Als Anfechtungsobjekt kommen sämtliche Formen von Entscheidungen mit Aussenwirkung in Betracht, also insbesondere Beschlüsse, Verfügungen und weitere Verfahrenshandlungen, soweit diese nicht vom Gesetz als endgültig bzw. nicht anfechtbar bezeichnet werden (Art. 380 StPO) oder durch Art. 394 StPO (Ausschluss der Beschwerde gegen die Ablehnung wiederholbarer Beweisanträge, Subsidiarität der Berufung) von der Beschwerdemöglichkeit ausgeschlossen sind. Der Beschwerde kommt dabei vor allem im Vorverfahren, d.h. gegen polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Verfahrenshandlungen (insbesondere bei Zwangsmassnahmen) praktische Bedeutung zu. Sie ist jedoch auch gegen Verfügungen, Beschlüsse und Verfahrenshandlungen erstinstanzlicher Gerichte möglich. Dies wird freilich eingeschränkt durch die Regelung in Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO, wonach sog. verfahrensleitende Entscheide von der Anfechtung ausgeschlossen und nur zusammen mit dem Endentscheid – in der Regel dem Urteil – anfechtbar sind<sup>18</sup>. Auch Entscheidungen des Zwangsmassnahmengerichts sind gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO unter bestimmten Voraussetzungen durch Beschwerde anfechtbar<sup>19</sup>.

Bei der Beschwerde handelt es sich um ein vollkommenes Rechtsmittel, d.h. mit ihr können Rechtsverletzungen, einschliesslich Ermessensfehler, die unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie die Unangemessenheit der Entscheidung gerügt werden (Art. 393 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerde ist schriftlich und begründet innert zehn Tagen ab schriftlicher oder mündlicher Eröffnung bei der Beschwerdeinstanz einzureichen. Das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz ist in der Regel ein schriftliches (Art. 397 Abs. 1 StPO); ausnahmsweise kann ein mündliches Verfahren angeordnet werden (Art. 390 Abs. 5 StPO). Bei Gutheissung der Beschwerde ergeht ein reformatorischer oder kassatorischer Entscheid (Art. 397 Abs. 2 StPO). Reformatorische Entscheide sind sinnvoll, wenn nach der konkreten Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Beschwerdeentseides eine Entscheidung in der Sache möglich ist<sup>20</sup>. Ein kassatorischer Entscheid ist hingegen zu fällen, wenn der Entscheid auf einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung beruht, ungenügend begründet ist oder Widersprüche enthält, welche nicht durch Auslegung überwunden werden

können<sup>21</sup>. Die Anrufung der Beschwerdeinstanz begründet keine aufschiebende Wirkung<sup>22</sup>.

## II. Berufung nach Art. 398 ff. StPO

Die Berufung ist ein ordentliches, suspensiv wirkendes Rechtsmittel mit Devolutiveffekt, das entweder reformatorisch oder kassatorisch wirkt<sup>23</sup>. Zulässig ist die Berufung gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Das Berufungsgericht kann das Urteil in allen angefochtenen Punkten umfassend überprüfen (Art. 398 Abs. 2 StPO) und sogar zugunsten der beschuldigten Person eine Überprüfung nicht angefochtener Teile des Urteils vornehmen, um gesetzeswidrige und unbillige Entscheidungen zu verhindern (Art. 404 Abs. 2 StPO). Äquivalent zur Beschwerde können durch die Berufung Rechtsverletzungen, Mängel in der Sachverhaltsfeststellung sowie die Unangemessenheit des Urteils gerügt werden. Die Berufung erfolgt in zwei Schritten, der schriftlichen oder mündlichen Berufungsanmeldung innert zehn Tagen ab Eröffnung des Urteils (Art. 399 Abs. 1 StPO) und der Berufungserklärung, welche innert zwanzig Tagen ab Zustellung des begründeten Urteils schriftlich am Berufungsgericht einzureichen ist. Dabei muss sich der Berufungskläger zum Umfang der Berufung äussern, Abänderungsanträge stellen sowie etwaige Beweisanträge formulieren (Art. 399 Abs. 3 StPO). Anschliessend erfolgt eine Vorprüfung durch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts. Dabei kann der Berufungskläger aufgefordert werden, die Berufungserklärung zu verdeutlichen, soweit aus der Erklärung nicht eindeutig hervorgeht, ob das erstinstanzliche Urteil ganz oder nur in Teilen angefochten wird (Art. 400 Abs. 1 StPO). Die anderen Parteien, denen unverzüglich eine Kopie der Berufungserklärung übermittelt wird, können schliesslich innert zwanzig Tagen seit Empfang der Berufungserklärung einen begründeten Nichteintretensantrag stellen oder die Anschlussberufung erklären (Art. 400 Abs. 3 StPO). Das Verfahren vor dem Berufungsgericht ist grundsätzlich mündlich, kann jedoch – z.B., wenn nur Rechtsfragen strittig sind – in schriftlicher Form durchgeführt werden<sup>24</sup>. Die Berufung hat aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO).

## III. Unterschiede zwischen der Beschwerde und der Berufung im Zusammenhang mit selbstständigen nachträglichen Entscheiden

Aufgrund der Ausgestaltung der Beschwerde als ordentliches Rechtsmittel mit Devolutiveffekt und freier und umfas-

<sup>18</sup> Vgl. zu der Unterscheidung zwischen einem anfechtbaren sog. «materiell-verfahrensleitenden Entscheid» und einem nur mit dem Endentscheid anfechtbaren «formell-verfahrensleitenden Entscheid»: SCHMID (FN 4), N 1509 f.

<sup>19</sup> Ungeklärt ist die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht bei Haftentscheiden, welche gemäss Art. 222 StPO aufgrund der Dauer von unter drei Monaten nicht an die kantonale Oberinstanz weitergezogen werden können. Vgl. dazu PIETH (FN 17), 231 m.w.H.

<sup>20</sup> ANDREAS KELLER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 397 StPO N 7.

<sup>21</sup> Botschaft StPO (FN 2), 1313.

<sup>22</sup> Art. 387 StPO; vgl. auch PIETH (FN 17), 229.

<sup>23</sup> PIETH (FN 17), 232.

<sup>24</sup> PIETH (FN 17), 223.

sender Kognition, haben sich die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verfügungen und Beschlüsse weitestgehend an die Rechtsmittel gegen Sachurteile angeglichen. Dennoch sind in verschiedener Hinsicht massgebliche Unterschiede auszumachen.

Ein erster Unterschied betrifft die Fristen und die Rechtsmittelbegründung: Während die Beschwerde innert zehn Tagen nach Eröffnung der Verfügung oder des Beschlusses schriftlich und begründet eingereicht werden muss, ist die Berufung im gleichen Zeitraum lediglich anzumelden. Eine Berufungsbegründung muss erst zwanzig Tage nach Zustellung des begründeten Urteils, also oft Wochen oder Monate später, erfolgen. Eine wesentliche Differenz besteht auch in den Folgen der Berufung und der Beschwerde. Während der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 387 StPO), die nachträgliche Anordnung folglich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens vollstreckt wird, entfaltet eine Berufung im Umfang der Anfechtung eine aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Zu beachten sind ferner die Unterschiede bei der Zusammensetzung des Gerichts: Die Beschwerdeinstanz kann auch ein Einzelgericht sein (Art. 395 StPO e contrario)<sup>25</sup>. Das Berufungsgericht entscheidet zwingend als Kollegialgremium.

Es liegt auf der Hand, dass sich die Unterschiede zwischen Berufung und Beschwerde markant auf die Verteidigungsrechte der betroffenen Person auswirken können. So kann die Begründung in komplexen Fallkonstellationen – etwa im Zusammenhang mit der Anordnung einer stationären Massnahme – einen erheblichen Aufwand bedeuten, der innert der kurzen Frist von zehn Tagen (im Falle einer Beschwerde) nur schwer zu bewältigen ist. Noch schwerer wiegt der Umstand, dass nur der Berufung eine aufschiebende Wirkung zukommt. Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, dass eine Massnahme oder Strafe, soweit sie im Urteil bereits ausgesprochen wurde, im Falle der Berufung nicht vollstreckbar ist, im Nachverfahren aber sofort vollstreckbar sein soll. Gerade wenn – etwa bei einer stationären Massnahme oder der Verwahrung – aufwändige und gegebenenfalls umstrittene Gutachten erstellt werden müssen, kann sich ein Verfahren u.U. über Monate hinziehen. Mit den typischen Beschwerdekongstellationen aus dem Vorverfahren ist der damit verbundene Aufwand nicht zu vergleichen.

## D. Inkonsistenzen der «Beschwerdelösung»

Wie bereits einleitend festgestellt, gehen sowohl der Gesetzgeber als auch die h.M. in der Literatur davon aus, dass gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts

nicht die Berufung, sondern die Beschwerde zulässig sei<sup>26</sup>. Fragt man nach einem Grund hierfür, so liest man in der Botschaft, dass die vorstehend zusammengestellten Entscheidungen nicht im Rahmen eines Urteils ergehen könnten, da kein neues Sachurteil anstehe<sup>27</sup>. Offenbar scheint für die Frage der Rechtsform einer nachträglichen Entscheidung (Urteil oder Verfügung bzw. Beschluss) massgebend zu sein, dass der Entscheidung ein rechtskräftiger Endentscheid (die frühere Entscheidung) zugrunde liegt.

## I. Anordnungen nach Art. 36 StGB und Art. 39 StGB

In der Tat geht es etwa bei der Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe nach Art. 36 StGB oder der Umwandlung einer gemeinnützigen Arbeit in eine Geld- oder Freiheitsstrafe nach Art. 39 StGB vornehmlich um strafvollzugsrechtliche Angelegenheiten. Da die Konsequenz der Nichtzahlung der Geldstrafe oder der trotz Mahnung nicht geleisteten gemeinnützigen Arbeit bereits zwingend im Urteil vorgezeichnet ist<sup>28</sup>, wird man nicht von einer eigenständigen materiellen Beurteilung sprechen können, welche gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO als Urteil zu fällen wäre. Mit anderen Worten spricht das Gericht keine neue Sanktion aus, sondern vollzieht lediglich das Urteil. In diesen Konstellationen ist es deshalb auch sachgerecht, wenn die Entscheidung als Beschluss oder Verfügung ergeht, welche mit Beschwerde anfechtbar ist.

Die Lage wird jedoch schon dann komplizierter, wenn sich die beurteilte Person in der Folge der Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe an das Gericht wendet und aufgrund einer vorgebrachten unverschuldeten erheblichen Verschlechterung der Verhältnisse gemäss Art. 36 Abs. 3 StGB beantragt, die Zahlungsfrist um bis zu 24 Monate zu verlängern, den Tagessatz herabzusetzen oder gemeinnützige Arbeit anzuordnen. Es geht zwar dann nicht mehr um die Schuldfrage (diese ist bereits rechtskräftig festgestellt worden), wohl aber um die Prüfung der neuen Verhältnisse des Täters und damit um eine wesentliche strafrichterliche Aufgabe bei der Strafzumessung<sup>29</sup>. Es wird also durch die nachträgliche Modifikation des Urteils eine neue materielle Entscheidung getroffen, die den Schuldspruch auf der Rechtsfolgesseite abändert.

## II. Nachträgliche Verwahrung

### 1. Art. 65 Abs. 2 StGB

Der Grundsatz, dass materielle Entscheidungen durch Urteil zu entscheiden sind, wird vom Gesetzgeber an anderer Stelle

<sup>25</sup> Vgl. auch DANIEL KIPFER, in: BSK (FN 4), Art. 20 StPO N 1; a.A. JEREMY STEPHENSON/GILBERT THIRIET, in: BSK (FN 4), Art. 395 StPO, N 8.

<sup>26</sup> Vgl. FN 4.

<sup>27</sup> Botschaft StPO (FN 2), 1298.

<sup>28</sup> Art. 36 Abs. 1 Satz 1 StGB, Art. 39 Abs. 1 StGB.

<sup>29</sup> HANS WIPRÄCHTIGER, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, Art. 47 StGB N 92 ff. m.w.H.



le auch für Entscheidungen im gerichtlichen Nachverfahren anerkannt. Dies zeigt sich bspw. bei der nachträglichen Verwahrung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB, die aufgrund des Verweises auf die Vorschriften über die Wiederaufnahme (Revision, Art. 410 ff. StPO) zwingend als Urteil angeordnet werden muss. Ergibt sich bei einer verurteilten Person während des Vollzuges der Freiheitsstrafe aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel, dass die Voraussetzungen der Verwahrung gegeben sind und im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte, so kann das Gericht die Verwahrung nachträglich anordnen. Damit ist aufgrund des Verweises aus dem materiellen Recht klar, dass Entscheidungen nach Art. 65 Abs. 2 StGB in der Rechtsform des Urteils getroffen werden müssen.

## 2. Art. 62c Abs. 4 StGB

Anders soll dies nach der Vorstellung des Gesetzgebers jedoch sein, wenn die Verwahrung nicht als Korrektur des ersten Urteils nachträglich angeordnet wird, sondern gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB als Konsequenz der Aussichtslosigkeit oder Undurchführbarkeit einer Massnahme<sup>30</sup>. Aus Sicht der beurteilten Person kann es aber keinen Unterschied machen, ob die Verwahrung eine aussichtslose stationäre Massnahme ersetzt (dann Beschwerde) oder vor dem Hintergrund eines fehlerhaften Urteils (dann Berufung) angeordnet wird. In beiden Fällen hat das Gericht – verkürzt gesagt – zu prüfen, ob die Gefährdungsprognose des Täters (vor dem Hintergrund einer Anlasstat) die Verwahrung rechtfertigt oder nicht. Der einzige Unterschied besteht darin, dass in der Situation von Art. 65 Abs. 2 StGB nur Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt werden können, welche bereits im Zeitpunkt des Urteils bestanden haben und nicht notwendigerweise eine stationäre Massnahme angeordnet sein musste. Sowohl bei der Umwandlung einer therapeutischen Massnahme in eine Verwahrung als auch bei der nachträglichen Verwahrung sind in gleicher Weise neue Tatsachen und Beweismittel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu würdigen. Es erscheint unbefriedigend, dass für ein und dieselbe Sachfrage unterschiedliche Rechtsmittelinstanzen zuständig sein sollen und andere Verfahrensgarantien eingreifen.

## III. Verfahren gegen Schuldunfähige

Auch bei Verfahren gegen Schuldunfähige kennt die Strafprozessordnung eine isolierte Verurteilung zu einer Massnahme durch Urteil, vgl. Art. 375 Abs. 2 StPO, und anerkannt damit, dass es sich bei der Anordnung einer Massnahme auch dann um eine materielle Beurteilung (ein Sachurteil) handelt, wenn ein Schuldspruch nicht erfolgen kann. Zwar wird man einräumen müssen, dass der Massnahmenanordnung in

diesen Fällen keine rechtskräftige Entscheidung zugrunde liegt, der inkriminierende Sachverhalt deshalb erst im Verfahren selbst festgestellt werden muss. Der Unterschied zwischen dem Verfahren gegen Schuldunfähige und den nachträglichen selbstständigen Anordnungen ist im Hinblick auf die Sachverhaltsfeststellung doch mehr ein quantitativer als qualitativer, weil auch im gerichtlichen Nachverfahren neue Tatsachen in die Beurteilung mit einfließen.

## IV. Selbstständige nachträgliche Entscheide im Nachgang eines rechtskräftigen Strafbefehls

Nach Art. 363 Abs. 2 StPO trifft die Staatsanwaltschaft auch die nachträglichen Entscheide, wenn die Verurteilung im Strafbefehlsverfahren rechtskräftig erfolgt ist. Praktisch bedeutsame Beispiele sind gemäss Botschaft der Widerruf eines bedingten Strafvollzuges oder der Entscheid zur Umwandlung von Bussen nach Art. 106 Abs. 2 StGB. Denkbar sind freilich auch andere der vorne angeführten Fallgruppen nachträglicher Entscheidungen. Zu beachten ist jedoch, dass aufgrund der beschränkten Strafgewalt der Staatsanwaltschaft<sup>31</sup> besonders gravierende Anordnungen (etwa die Verwahrung) von vornherein nicht in Betracht kommen.

Wie bereits einleitend festgestellt, sollen diese Entscheide nach der Vorstellung des Gesetzgebers und der h.L. in der Form des Strafbefehls ergehen, gegen den eine Einsprache zulässig sei<sup>32</sup>.

Damit begibt sich die h.M. in einen Widerspruch zu dem Argument, es sei eben deshalb die Verfügungs- bzw. Beschlussform zu wählen, weil kein Sachentscheid ergehe. Konsequenter wäre diese Auffassung nämlich nur, wenn das Strafgericht, als erste Instanz, die Einsprache in einem «Beschwerdeverfahren» (analog dem Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Oberinstanzen) durchführen würde. Darauf ist das Einspracheverfahren nach Art. 355 f. StPO aber nicht ausgerichtet. Üblicherweise wird ein Hauptverfahren durchgeführt<sup>33</sup>. Hinzu kommt, dass der Strafbefehl lediglich als Urteilsofferte verstanden wird, und durch den Rechtsbehelf der Einsprache der Strafbefehl dahin fällt. Es überzeugt nicht, wenn der Gesetzgeber im Nachverfahren bei Fällen leichter Delinquenz eine «aufschiebende Wirkung» der Einsprache vorsieht, im Nachverfahren vor der ersten Instanz jedoch nicht. Die Inkonsistenzen, welche aus der Anwendung des Strafbefehlsverfahrens entstehen können, führen sich fort, wenn das Strafgericht dem Antrag der Staatsanwaltschaft nicht folgt und die Einsprache zurückweist. In welcher Form soll das Gericht über die Einsprache entscheiden? Fällt es – wie üblich – ein Urteil, ist dieses berufungs- und nicht beschwerdefähig. Will der Gesetzgeber dies vermeiden,

<sup>30</sup> Botschaft StPO (FN 2), 1298.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 352 Abs. 1 StPO.

<sup>32</sup> Vgl. FN 4.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 356 Abs. 1 StPO.

müsste das Gericht im Einspracheverfahren eine Verfügung bzw. einen Beschluss fällen, weil andernfalls das Verfahren an das Berufungsgericht weitergeführt werden könnte.

Auch scheint nicht klar zu sein, welche Rolle die Staatsanwaltschaft, die im Strafbefehlsverfahren Parteistellung hat, in einem solchen Einspracheverfahren einnehmen soll. Das materielle Recht gibt nämlich nicht der Staatsanwaltschaft ein Antragsrecht über die nachgerichtlichen Entscheidungen, sondern in der Regel der Strafvollzugsbehörde. Soll die Staatsanwaltschaft (als vorgeschaltete «Instanz») Anträge der Strafvollzugsbehörden, welche sie im Strafbefehl bestätigt hat, vor dem Strafgericht verteidigen? Diese Doppelrolle, welche die Staatsanwaltschaft dann im Verhältnis zur Vollzugsbehörde einnehmen würde, widerspricht der Verfahrenslogik. Die Parteistellung, welche die Vollzugsbehörde im Antragsverfahren bei der Staatsanwaltschaft hat, kann sie nicht im Strafbefehlsverfahren verlieren. Noch weniger scheint es zu überzeugen, wenn diese Funktion nun von der Staatsanwaltschaft eingenommen würde.

## E. Fazit

Die Auseinandersetzung mit einigen Fallgruppen der selbstständigen nachträglichen Entscheidungen des Gerichts hat gezeigt, dass die klassische Unterscheidung zwischen einer Prozessentscheidung, welche als Beschluss oder Verfügung zu ergehen hat, und einer Sachentscheidung, die als Urteil gefällt wird, nur begrenzt auf das «gerichtliche Nachverfahren» übertragbar ist, weil der Entscheidung stets ein rechtskräftiges Urteil zugrunde liegt. Insoweit als auch nachträgliche Entscheidungen ganz empfindlich in die Rechtspositionen der betroffenen Person eingreifen, sollte gemäss Art. 80 StPO die Rechtsform des Urteils gewählt werden, wenn die Entscheidung den rechtskräftigen Endentscheid entscheidend modifiziert. Hierfür ist es so lange unerheblich, dass der nachträglichen Entscheidung ein rechtskräftiger Endentscheid zugrunde liegt, als durch ersteren eine neue materielle Beurteilung mit Eingriffscharakter vorgenommen wird.

Die Beschwerde ist ausserdem in der Regel kein taugliches Rechtsmittel für selbstständige nachträgliche Entscheidungen, weil die Rechtsmittelfrist zu kurz ist, um das Rechtsmittel in gebotener Umfang ausführlich zu begründen. Ausserdem ist es wertungswidersprüchlich, wenn ein Rechtsmittel im gerichtlichen Nachverfahren keine aufschiebende Wirkung hat, im Fall der Anordnung (z. B. einer Massnahme) im Hauptverfahren das Rechtsmittel jedoch eine aufschiebende Wirkung entfalten würde. Auch gerade weil es im neuen Straf- und Massnahmenrecht noch nicht in allen Bereichen eine gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung gibt, erscheint eine Vermischung der Kompetenzen von Berufungs- und Beschwerdekammer als unbefriedigend. Der Beschwerdeinstanz würden strafrichterliche Aufgaben übertragen, die üblicherweise der Berufungsinstanz zugeteilt sind.

Soll der Richterspruch im rechtskräftigen Endentscheid abgewandelt bzw. ergänzt werden, kann dies – im Sinne des Gedankens einer *actus-contrarius*-Theorie – nur durch dieselbe Rechtsform geschehen, die dem Entscheid zugrunde liegt. Es ist deshalb grundsätzlich ein Urteil zu sprechen. Ausnahmen können bei blossen strafvollzugsrechtlichen Entscheidungen gelten, deren Rechtsgrund bereits im Urteil angelegt ist und dessen Entscheidung bereits durch das Gericht antizipiert wurde (Art. 36 Abs. 1 StGB, Art. 39 Abs. 1 StGB).

Conformément au Message et à la doctrine dominante, les décisions judiciaires ultérieures indépendantes au sens des art. 363 ss CPP revêtent la forme d'ordonnance (*Verfügung*), de décision (*Beschluss*) ou encore – en cas de compétence du ministère public – d'ordonnance pénale. De telles décisions seraient attaquables par un recours ou, s'agissant d'une ordonnance pénale, par une opposition.

Les décisions judiciaires ultérieures indépendantes peuvent cependant porter une atteinte sensible aux droits et obligations de la personne concernée. Tant le recours que la procédure d'ordonnance pénale ne sont pas appropriés pour assurer une protection suffisante des droits de procédure de la personne concernée. Si la décision modifie la décision finale entrée en force dans une mesure considérable parce qu'il est procédé à un examen sur le fond, le tribunal ne doit rendre ni une ordonnance ni une décision mais un jugement. Les décisions rendues en procédure judiciaire subséquente doivent donc en principe être attaquées par la voie de l'appel. Des exceptions peuvent valoir pour les décisions relevant uniquement de l'exécution des peines, dont le motif juridique est déjà inscrit dans le jugement et lesquelles ont déjà été anticipées par le tribunal.

(trad. LT LAW TANK, Berne)