

dogmatisch folgerichtig, denn bei Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde hätte bereits dieselbe – sofern es ihr möglich gewesen wäre⁷⁰ – einen Nichteintretensentscheid zu fällen gehabt, der dann direkt vom Wortlaut des Art. 63 Abs. 1 ZPO erfasst gewesen wäre. Der Mangel haftete also bereits an der Einleitung des Schlichtungsgesuchs. Ob dies auch bei einer ungültigen Klagebewilligung der zuständigen Schlichtungsbehörde infolge Nichtschlichtung gelten würde, ist zweifelhaft. Es wäre jedoch kaum wertungskongruent, einer Partei bei einer ungültigen Klagebewilligung infolge Unzuständigkeit des Friedensrichters eine Notfrist nach Art. 63 ZPO mit rückwirkender Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt des Schlichtungsgesuchs zu gewähren, bei einem Nichteintreten infolge Nichtschlichtung dagegen nur mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung. Während die Zuständigkeit nämlich jedenfalls in gewisser Weise im Verantwortungsbereich des Klägers liegt, gilt dies für den hinreichenden Schlichtungsversuch durch den Friedensrichter gerade nicht. Sofern man also entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Wiederaufnahme des Schlichtungsverfahrens ablehnt, ist m.E. mindestens durch eine extensive Auslegung von Art. 63 ZPO der dienenden Funktion des Prozessrechts Rechnung zu tragen.

D. Fazit

Das bundesgerichtliche Urteil ist für den Ausnahmefall einer eigentlichen Nichtschlichtung durch den Friedensrichter grundsätzlich überzeugend. Nach dem Nichteintretensentscheid stellt sich m.E. aber nicht primär die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO, sondern der Friedensrichter hat infolge Nichtigkeit der Klagebewilligung von Amtes wegen das Schlichtungsverfahren wiederaufzunehmen. Die potenzielle Verwirklichungsproblematik kann durch dieses Vorgehen gelöst werden.

7. Strafrecht/Droit pénal

7.6. Strafprozessrecht und Gerichtsorganisation/ Procédure pénale et organisation judiciaire

Anwesenheitspflicht des Staatsanwalts im Berufungsverfahren

Besprechung von BGer, 6B_1188/2021, 14.9.2022 (zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_1188/2021 vom 14. September 2022 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis, qualifiziert grobe Verletzung der Verkehrsregeln, persönliche Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der Berufungsverhandlung, Strafzumessung, Willkür.



VIVIAN STEIN*

Das Bundesgericht musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Staatsanwaltschaft zur persönlichen Vertretung der Anklage an der mündlichen Berufungsverhandlung gestützt auf Art. 405 Abs. 3 lit. a i.V.m. Art. 337 Abs. 3 StPO verpflichtet ist, wenn trotz eines Antrags auf eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr im erstinstanzlichen Verfahren dem Beschuldigten im Berufungsverfahren eine Höchststrafe von maximal einem Jahr; d.h. zwölf Monaten, droht. Das Bundesgericht verneinte die Frage richtigerweise, da der Zweck der Bestimmungen ist, aus Praktikabilitätsgründen die Anwesenheitspflicht des Staatsanwalts auf Fälle von einer gewissen Erheblichkeit zu beschränken.

I. Sachverhalt

A. überschritt beim Überholen einer Fahrzeugkolonne auf einer Kantonsstrasse im Kanton Wallis die zulässige Höchstgeschwindigkeit ausserorts um 63 km/h. Für diese Übertretung wurde er in erster Instanz wegen einer qualifizierten groben Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 3 und Abs. 4 lit. c SVG) zu einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von zwölf Monaten unter Anordnung einer zweijährigen Probezeit sowie zu einer Busse von CHF 1350 (respektive 30 Tagen Ersatzfreiheitsstrafe) verurteilt. Die von A. gegen diesen Entscheid erhobene Berufung war erfolglos und das Urteil wurde sowohl in Bezug

⁷⁰ Die Schlichtungsbehörde darf dies jedenfalls bei offensichtlicher sachlicher und – sofern vom Gesuchsgegner geltend gemacht – örtlicher Unzuständigkeit; dazu mit weiteren Nachweisen BGE 146 III 47, insb. E. 4.2.

* VIVIAN STEIN, BLAW, Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Christian Schwarzenegger für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Zürich.

auf den Schuldspruch als auch das Strafmass bestätigt. Die Staatsanwaltschaft war bei der mündlichen Berufungsverhandlung nicht persönlich vertreten. A. gelangte anschliessend mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht.

II. Persönliche Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der Einvernahme

A. rügte, dass die Staatsanwaltschaft an der Berufungsverhandlung persönlich die Anklage hätte vertreten müssen, da ihm eine Freiheitsstrafe von einem Jahr drohe. Er stützte seinen Anspruch u.a. auf Art. 337 Abs. 3 StPO.¹

A. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht ging zunächst auf die verschiedenen Situationen ein, in denen eine Vorladung bzw. Teilnahme der Staatsanwaltschaft am mündlichen Berufungsverfahren erforderlich ist. Dazu gehören gem. Art. 405 Abs. 3 lit. a i.V.m. Art. 337 Abs. 3 StPO insb. Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr beantragt hat.²

«Entscheidend ist dabei grundsätzlich der im erstinstanzlichen Verfahren gestellte Antrag der Staatsanwaltschaft und nicht der erstinstanzliche Urteilsspruch. Drohen der beschuldigten Person im Berufungsverfahren jedoch weder eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr noch eine freiheitsentziehende Massnahme, weil die Erstinstanz dem Antrag der Staatsanwaltschaft nicht gefolgt ist und nur die beschuldigte Person Berufung angemeldet hat, ist unter dem Aspekt des fairen Verfahrens nicht zu beanstanden, wenn die Staatsanwaltschaft von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert und damit auf die Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens verzichtet wird (vgl. Luzius Eugster, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 405 StPO).»³

Im Anschluss setzte sich das Bundesgericht mit der Auslegung von Art. 337 Abs. 3 StPO auseinander. Dabei hielt es fest, dass sich die Lehre aufgrund des klaren Wortlauts der Bestimmung nicht vertieft mit ihr auseinandersetze und den Wortlaut regelmässig übernehme. In der Folge legte das Bundesgericht die durch die Lehre vereinzelt diskutierten Sonderprobleme dar, von denen sich jedoch keines mit der Frage beschäftigt, ob bereits das Beantragen bzw.

Drohen einer exakt zwölfmonatigen Freiheitsstrafe genüge, um eine Anwesenheitspflicht der Staatsanwaltschaft zu begründen.⁴ Bezüglich dieser Frage hält das Bundesgericht Folgendes fest: «Der Wortlaut von Art. 337 Abs. 3 StPO ist klar: Die Staatsanwaltschaft hat die Anklage vor Gericht u.a. persönlich zu vertreten, wenn sie eine Freiheitsstrafe von <mehr als einem Jahr> (<plus d'un an>; <superiore a un anno>) beantragt. Damit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetzeswortlaut, dass die Staatsanwaltschaft nur dann zur persönlichen Teilnahme nach Art. 337 Abs. 3 StPO verpflichtet ist, wenn sie eine Freiheitsstrafe beantragt, die über einem Jahr liegt, mithin eine solche von mindestens einem Jahr und einem Tag.»⁵

Das Bundesgericht zog schliesslich das Fazit, dass im mündlichen Berufungsverfahren, unabhängig vom grundsätzlich massgeblichen Antrag der Staatsanwaltschaft im erstinstanzlichen Verfahren, von einer obligatorischen persönlichen Vertretung der Staatsanwaltschaft abgesehen werden könne, wenn dem Beschuldigten maximal eine Freiheitsstrafe von höchstens zwölf Monaten drohe. Dies war gegeben, weil das erstinstanzliche Gericht dem staatsanwaltschaftlichen Antrag nicht folgte und die Staatsanwaltschaft keine Berufung einlegte.⁶

B. Anmerkungen

1. Die Dauer der beantragten Freiheitsstrafe

Dass es sich bei einer Freiheitsstrafe von exakt zwölf Monaten nicht um eine «Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr» handelt, ist aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung in allen Sprachfassungen und des einheitlichen Verständnisses in der Lehre nicht näher auszuführen.⁷

2. Zweck der persönlichen Teilnahme

Die persönliche Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der mündlichen Verhandlung soll den kontradiktorischen Charakter des Strafverfahrens schützen, sowohl in der Haupt-, als auch in der Berufungsverhandlung.⁸ Da durch ein Verfahren mit anwesendem Ankläger und Beschuldigten eine unmittelbare Diskussion der Rechtsfragen und der Beweis-

¹ BGer, 6B_1188/2021, 4.11.2022, E. 2.1; A. stützte sein Anliegen auch darauf, dass ein Fall der notwendigen Verteidigung i.S.v. Art. 130 lit. b StPO vorliege, das BGer lehnte einen darauf gestützten Anspruch auf Teilnahme der Staatsanwaltschaft in E. 2.4 jedoch ab.

² BGer, 6B_1188/2021, 4.11.2022, E. 2.3.1.

³ BGer, 6B_1188/2021, 4.11.2022, E. 2.3.1.

⁴ Vgl. BGer, 6B_1188/2021, 4.11.2022, E. 2.3.2.

⁵ BGer, 6B_1188/2021, 4.11.2022, E. 2.3.3.

⁶ BGer, 6B_1188/2021, 4.11.2022, E. 2.4.

⁷ Siehe hierzu die umfassenden Literaturhinweise in BGer, 6B_1188/2021, 4.11.2022, E. 2.3.2.

⁸ Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1086 ff. (zit. Botschaft StPO), 1316; BSK StPO-WILDI, Art. 337 N 5, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK StPO-Verfasser).

mittel möglich ist, erhofft man sich dadurch eine umfassende Darstellung des Prozessstoffes.⁹ Zwar können an der Hauptverhandlung (und unter Berücksichtigung des Novenrechts auch an der Berufungsverhandlung) neue Beweise durch das Gericht erhoben werden, das Gericht schlüpft dabei jedoch nicht in die Rolle des Anklägers.¹⁰ Somit gehen diesfalls die Vorteile eines mündlichen Verfahrens verloren. Ein weiterer Grund für die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft im Verfahren liegt in ihrer starken Stellung und grossen Verantwortung im Vorverfahren. Diese Verantwortung soll durch die persönliche Teilnahme am Verfahren bis zu dessen Abschluss wahrgenommen werden.¹¹ Auch können durch die Unmittelbarkeit des mündlichen Verfahrens die durch das Machtgefälle im Vorverfahren geschaffenen Dysbalancen ausgeglichen¹² und die Anklage durch das mündliche Plädoyer besser verständlich gemacht werden.¹³ Ein mündliches Verfahren unter Teilnahme der Staatsanwaltschaft kann also zu objektiv besseren Prozessergebnissen beitragen.

Aus Praktikabilitätsgründen hat sich der Gesetzgeber jedoch bewusst dazu entschieden, die Anwesenheitspflicht der Staatsanwaltschaft auf Fälle von einer gewissen Schwere bzw. Erheblichkeit zu beschränken.¹⁴ Unterhalb dieser Grenze, zu der insb. auch ein Antrag von über einem Jahr Freiheitsstrafe im Hauptverfahren (Art. 337 Abs. 3 resp. Art. 405 Abs. 3 i.V.m. Art. 337 Abs. 3 StPO) gehört, steht es der Staatsanwaltschaft frei, sich nicht im Verfahren vertreten zu lassen.¹⁵ Hier gilt anzumerken, dass die Festsetzung der Einjahresgrenze Ergebnis eines politischen Kompromisses ist¹⁶ und somit einer gewissen Willkür nicht entbehren kann.

Unter aktuellem Recht nicht zu beanstanden und problemlos mit dem Zweck der Entlastung der Staatsanwaltschaft vereinbar ist, dass eine Herabstufung eines «erheblichen Falls» möglich sein soll, wenn sowohl das Gericht (durch die mildere Verurteilung) als auch die Staatsanwaltschaft (durch den Verzicht auf eine Berufung) von dieser

ursprünglichen Qualifikation Abstand nehmen. Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid in der Sache richtig entschieden. Dass dieser Entscheid im Ergebnis dazu führt, dass weitere Verfahren dem (obligatorischen) kontradiktorischen mündlichen Verfahren unter Teilnahme der Staatsanwaltschaft entzogen werden, ist jedoch mit Blick auf dessen oben beschriebene Vorteile bedauerlich.

⁹ BSK StPO-WILDI (FN 8), Art. 337 N 5 m.w.H.; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel/Genf/München 2005, 409.

¹⁰ Vgl. BGE 144 I 234 E. 5.7.

¹¹ Botschaft StPO (FN 8), 1282.

¹² MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. A., Basel 2016, 234; BSK StPO-WILDI, Art. 337 N 3 m.w.H.

¹³ BSK StPO-WILDI (FN 8), Art. 337 N 3.

¹⁴ BSK StPO-WILDI (FN 8), Art. 337 N 2; BSK StPO-Eugster (FN 8), Art. 405 N 3; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (FN 9), 204.

¹⁵ NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A., Zürich/St.Gallen 2017, N 1565; BSK StPO-WILDI (FN 8), Art. 337 N 3; vgl. auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (FN 9), 204.

¹⁶ Vgl. BSK StPO-WILDI (FN 8), Art. 337 N 2 f.