

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 128 (2009)

**Heft:** 1

  

**Artikel:** Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich

**Autor:** Bommer, Felix

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895923>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 30.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich

FELIX BOMMER\*

---

\* Der Beitrag ist zur Hauptsache während eines längeren Forschungsaufenthaltes an der School of Law der University of California in Berkeley (Boalt Hall) entstanden. Franklin E. Zimring, William G. Simon Professor of Law und Wolfen Distinguished Scholar, sowie Harry N. Scheiber, Stefan A. Riesenfeld Professor of Law and History und Director of the Institute for Legal Research, haben mir Gastrecht gewährt und vielerlei Hinweise zum amerikanischen Strafrechtssystem gegeben; dafür gilt ihnen mein herzlicher Dank. Markus D. Dubber, Professor and Roger and Karen Jones Faculty Scholar an der University at Buffalo Law School (The State University of New York) hat den Teil B. kritisch durchgesehen, wofür ihm ebenfalls grosser Dank gebührt. Lic. iur. Sarah Stettler und MLaw Ariane Kaufmann danke ich für tatkräftige Mitarbeit bei der Materialsammlung und sorgfältige Korrekturen.





## Inhaltsverzeichnis

A.	Abgekürztes Verfahren	9
I.	Ausgangslage	9
II.	Gesetzliche Regelung (Art. 358 ff.)	10
	1. Anstoss	10
	2. Durchführung	11
	3. Bestätigung und Scheitern	15
III.	Das abgekürzte Verfahren im Verfahrensensemble der Strafprozessordnung	20
IV.	Kantonale Vorläufer	22
	1. Tessin	22
	2. Basel-Landschaft	24
	3. Zug	25
	4. Praktische Bedeutung der kantonalen abgekürzten Verfahren	25
V.	Verhältnis zu den Prozessgrundsätzen	27
VI.	Begründung des abgekürzten Verfahrens	32
B.	Das Plea Bargaining-System in den Vereinigten Staaten von Amerika	36
I.	Kompetenzverteilung im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts	37
	1. Gesetzgebung	37
	a) Materielles Strafrecht	37
	b) Strafprozessrecht	41
	2. Gerichtsorganisation und Rechtsprechung	41
II.	Ablauf eines Strafverfahrens	44
	1. Vorverfahren	45
	2. Hauptverfahren	47
	3. Rechtsmittel	53
III.	Materielles Strafrecht: Weitflächig erfasstes Unrecht und Strafzumessung	56
	1. Überlappende Tatbestände	56
	2. Hohe Strafdrohungen und (hohe) Mindeststrafen	58
	3. Rückfallschärfungen, insbesondere Three Strikes-Gesetze	61
	4. Sentencing Guidelines	63
IV.	Plea Bargaining	70
	1. Formen und Verfahren	70
	2. Herkunft und Gründe	74
	3. Rechtliche Behandlung	80
	4. Organisation der Strafverfolgung und staatsanwaltschaftliches Ermessen	82
	5. Reformversuche und heutige Einschätzung	87
VI.	Bilanz	91
C.	Rückschlüsse auf das abgekürzte Verfahren	96
I.	Rechtlicher Rahmen der Verfahrensverkürzungen	97
	1. Tatbestände, Strafdrohungen und Rückfallschärfungen	97
	2. Legalitätsprinzip und Austausch von Vorteilen	98
	a) Charge Bargaining	98
	b) Sentence Bargaining	100
II.	Praktische Bedeutung und Gefahren des abgekürzten Verfahrens	102
	1. Kantonale Daten und Strafurteilsstatistik	102
	2. Interessenlage der Beteiligten	105

a) Beschuldigte Person . . . . .	105
b) Staatsanwaltschaft . . . . .	108
c) Privatklägerschaft . . . . .	110
III. Bilanz und Ausblick . . . . .	113
Anhang I . . . . .	116
Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 . . . . .	116
Anhang II . . . . .	117
Kantonale Regelungen des abgekürzten Verfahrens . . . . .	117
Tessin: Codice di procedura penale vom 19. Dezember 1994 (CPP; RL 3.3.3.1) . . . . .	117
Basel-Landschaft: Gesetz betreffend die Strafprozessordnung vom 3. Juni 1999 (StPO; SGS 251) . . . . .	119
Zug: Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (StPO; BGS 321.1) . . . . .	121
Anhang III . . . . .	123
Sentencing Table (in Monaten Freiheitsstrafe) der United States Sentencing Commission . . . . .	123

## A. Abgekürztes Verfahren

### I. Ausgangslage

Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007<sup>1</sup> (StPO) hat uns nicht nur ein vereinheitlichtes ordentliches Verfahren in erster und zweiter Instanz gebracht, sondern auch acht besondere Verfahrensarten. Darunter findet sich eine moderne Form des kurzen Prozesses, vom Gesetz «Abgekürztes Verfahren» genannt (Art. 358–362<sup>2</sup>). Es dokumentiert das Bemühen des Gesetzgebers, eine Verfahrensverkürzung auf konsensualer Grundlage auch für Straftaten zu etablieren, die unter dem Gesichtspunkt ihrer Schwere nicht mehr im Strafbefehlsverfahren verfolgt und beurteilt werden können. Das abgekürzte Verfahren ist Gegenstand dieses Beitrages.<sup>3</sup> Dabei stehen drei Gesichtspunkte im Vordergrund: Zum einen soll, in der Binnenperspektive, dieses Verfahren selber (kurz) beschrieben und gewürdigt werden (A.II.), einschliesslich seiner Verortung und Bedeutung im Ensemble aller Prozeduren der neuen Strafprozessordnung und seiner kantonalen Vorgänger, an deren Regelung es sich anlehnt (A.III. und IV.). Zum andern, Blick von aussen, wird das abgekürzte Verfahren in Beziehung gesetzt zum US-amerikanischen plea bargaining, mit dem es sich, als Schreckens-<sup>4</sup> oder Vorbild,<sup>5</sup> häufig in einem Atemzug genannt sieht.<sup>6</sup> Das bedingt eine Beschreibung des amerikanischen Kurzverfahrens

1 SR 312.0, voraussichtliches Inkrafttreten per 1. Januar 2011.

2 Art. ohne nähere Bezeichnung sind solche der StPO. – Im Bereich der Umsetzung des Jugendstrafrechts findet das abgekürzte Verfahren keine Anwendung (Art. 3 Abs. 2 lit. e E-JStPO); zu den Gründen äussert sich die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 nicht, vgl. BBl 2006, S. 1085–1388, S. 1354 (zit. Botschaft). Auch der Zusatzbericht betr. Erläuterung der Änderungen des bundesrätlichen Entwurfs vom 21. Dezember 2005 zu einer schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (JStPO) vom 22. August 2007, BBl 2008, S. 3121–3156, schweigt zu der Frage, vgl. S. 3133.

3 Die weiteren: Strafbefehlsverfahren (Art. 352–356), Übertretungsstrafverfahren (Art. 353), Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts (Art. 363–365), Verfahren bei Abwesenheit der beschuldigten Person (Art. 366–371) sowie drei selbständige Massnahmeverfahren: zur Anordnung der Friedensbürgschaft (Art. 372 f.), bei schuldunfähigen beschuldigten Personen (Art. 374 f.) sowie bei der Einziehung ausserhalb eines Strafverfahrens (Art. 376–378).

4 Z.B. «Aus 29 mach 1» – Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», EJPD, Bern Dezember 1997, S. 50 ff. (zit. Konzeptbericht); ANDREAS BRUNNER, Problematischer Deal mit der Gerechtigkeit, NZZ Nr. 216 vom 18. September 2002, S. 16; LUKAS MORSCHER, Die Aufhebung des Verzeihungsverfahrens in der Basler Strafprozessordnung und die Neuregelung des Strafbefehlsverfahrens gemäss Ratschlag und Entwurf vom 27. April 1993, BJM 1995, S. 169–211, S. 183 f.; HANS E. TÜTSCH, Plea Bargaining – der falsche Weg zu einer Zeitersparnis, NZZ Nr. 169 vom 24. Juli 2002, S. 12.

5 Vgl. etwa Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, S. 231 f. (zit. Begleitbericht); NIKLAUS SCHMID, Plea bargaining – sinnvolle Entlastung der Strafjustiz, NZZ Nr. 216 vom 18. September 2002, S. 16 (zit. Plea bargaining).

6 Der Konzeptbericht (Fn. 4) hatte die Aufnahme eines am plea bargaining orientierten Verfahrens noch abgelehnt mit dem Hinweis, dass dieses der schweizerischen Rechtskultur fremd sei, der

samt dessen strafrechtlicher Umgebung, die ihrerseits nicht ganz kurz ausfallen kann (B.). Im Anschluss daran soll schliesslich der Blick für Gefahren des abgekürzten Verfahrens geschärft werden (C.). Dabei steht nicht die bereits hier und da erörterte Frage im Vordergrund, welche Einschränkungen die verschiedenen Prozessmaximen im abgekürzten Verfahren hinzunehmen haben (dazu A.V.), und ob sich daraus allenfalls sogar Friktionen mit Verfassungsvorschriften ergeben.<sup>7</sup> Vielmehr geht es um den Versuch, anhand typischer Interessenlagen der Beteiligten Leitlinien zur Handhabung des abgekürzten Verfahrens zu entwickeln, und zwar für diejenige Partei, die darin die machtvollste Stellung inne und sich zugleich auf solche Leitlinien festzulegen hat: die Staatsanwaltschaft (C.II.3.). Die amerikanischen Erfahrungen können dabei insofern eine Hilfe sein, als dort solche Leitlinien über weite Strecken fehlen.

## II. Gesetzliche Regelung (Art. 358 ff.)

Die gesetzliche Regelung des abgekürzten Verfahrens ist mit fünf Artikeln nicht sehr umfangreich ausgefallen. Näher festgelegt sind nur die Voraussetzungen dieses besonderen Verfahrens (in Art. 358 «Grundsätze» genannt), die Entscheidung über seine Einleitung und Durchführung (Art. 359), der Inhalt der Anklageschrift samt Zustimmungserfordernis durch die Parteien (Art. 360), der Ablauf der Hauptverhandlung (Art. 361) und der Inhalt des Urteils einschliesslich einschneidender Rechtsmittelrestriktionen sowie einzelne Folgen einer Rückweisung ins ordentliche Verfahren (Art. 362). Damit steht erst ein Gerippe dieses Verfahrens, das in einem ersten Schritt nachgezeichnet und in einem zweiten mit Leben gefüllt werden soll.

### 1. Anstoss

Nach der gesetzlichen Konzeption rührt der Anstoss zum abgekürzten Verfahren von der beschuldigten Person her. Sie, und nur sie, kann der Staatsanwaltschaft beantragen, anstelle des Normalverfahrens, d.h. eines Vorverfahrens (Art. 299 ff.) und eines erstinstanzlichen Hauptverfahrens (Art. 328 ff.), das abgekürzte Verfahren durchzuführen. So scheint die beschuldigte Person den

---

Staatsanwaltschaft eine allzu grosse und richterlich unkontrollierte Machtfülle einräume, zu Rechtsungleichheiten führe und generalpräventiv schädlich sei (vgl. S. 52).

7 Vgl. ANDREAS DONATSCH, Vereinbarungen im Strafprozess, in: Jean Gauthier et al. (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, FS zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, ZStrR 110 (1992), S. 159–177 (zit. Vereinbarungen); CHRISTA HAUSHERR, Das abgekürzte Verfahren in der schweizerischen Strafprozessordnung – Entlastung der Strafverfolgungsbehörden versus Rechtsstaatlichkeit, *forumpoenale* 2008, S. 308–314; NIKLAUS OBERHOLZER, Informelle Absprachen im Strafverfahren, *AJP* 1992, S. 7–16 (zit. Informelle Absprachen); DERS., Absprachen im Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell?, ZStrR 1993, S. 157–174 (zit. Entlastungsstrategie).

Schlüssel in der Hand zu halten, der es ihr erlaubt, das Tor zum abgekürzten Verfahren zu öffnen, gleichsam als «Schlüsselfigur», jedenfalls aber führt das abgekürzte Verfahren zuallererst über sie. Doch selbst wenn die beschuldigte Person für die Initiierung verantwortlich ist, durchschreitet sie das Tor zum abgekürzten Verfahren nicht ohne Weiteres. Ihr Antrag<sup>8</sup> (oder, um im Bild zu bleiben: ihr Einlass) ist nämlich an eine sachliche und eine zeitliche Voraussetzung gebunden (Art. 358 Abs. 1): Sachlich bedingt er eine bestimmte Art von Geständnis: dass der Sachverhalt, soweit für die rechtliche Würdigung wesentlich, eingestanden und die Zivilansprüche mindestens im Grundsatz anerkannt sind. Zeitlich bildet die Erhebung der Anklage eine Schranke: Nur *vorher* bleibt die Beschreitung der Abkürzung möglich. Um abermals das Bild zu bemühen: Nach Erhebung der Anklage passt der Schlüssel nicht mehr.

## 2. Durchführung

Das führt zu ersten Zweifeln an der scheinbar starken Stellung der beschuldigten Person im abgekürzten Verfahren: eine Schlüsselfigur ohne (passenden) Schlüssel? Diese Zweifel verdichten sich, wenn die Schwelle erst einmal überschritten und der Versuch unternommen ist, das abgekürzte Verfahren zu durchlaufen. Dann wird schnell deutlich, dass dies mehr einem Spiessrutenlauf denn dem Einschlagen einer aus freien Stücken gewählten Abkürzung gleichkommt. Es lauern am Wegesrand nämlich Wegelagerer, einer stets und von Amtes wegen, ein anderer hie und da, nach Lust und Laune, eben von Willkür wegen. Die Rede ist von der Staatsanwaltschaft und von der Privatküglerschaft.

Die Staatsanwaltschaft vermag zwar, formell, das abgekürzte Verfahren nicht zu initiieren, aber ohne ihre Mitwirkung wird es nicht durchgeführt: Art. 359 Abs. 1 ermächtigt sie, über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens zu entscheiden, und zwar endgültig<sup>9</sup> und ohne Begründung. Das bedeutet,

8 Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Stellung des Antrages selber an die beiden Voraussetzungen gebunden, genau genommen ist es nur dessen Gutheissung durch die Staatsanwaltschaft.

9 «Endgültig» bedeutet nach Art. 380, dass gegen den Entscheid der Staatsanwaltschaft kein in der *StPO* vorgesehenes Rechtsmittel ergriffen werden kann. In der Sache ist damit *jedes* Rechtsmittel abgeschnitten, auch solche nach BGG kommen nicht in Betracht: Eine Beschwerde in Strafsachen scheidet aus, weil es an dem Erfordernis fehlt, dass der anzufechtende Entscheid von einem oberen, als Rechtsmittelinstanz fungierenden Gericht stammt (Art. 80 BGG). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde entfällt ebenfalls, weil Art. 113 BGG sie nur vorsieht, soweit der *sachliche* Anwendungsbereich der Beschwerde in Strafsachen ausgeschlossen ist, es sich also nicht um einen «Entscheid in Strafsachen» (Art. 78 Abs. 1 BGG) handelt. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, das abgekürzte Verfahren (nicht) durchzuführen, stellt jedoch einen solchen Entscheid in Strafsachen dar. M.a.W.: Wenn die Strafrechtsbeschwerde, wie hier, infolge defizitärer Vorinstanz(en) entfällt, ist auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen (näher FELIX BOMMER, *Ausgewählte Fragen der Strafrechtspflege nach Bundesgerichtsgesetz*, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), *Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz*, Bern 2007, S. 190 f.); anders mit Bezug auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (allerdings mit Zweifeln) KARL-LUDWIG KUNZ, *Absprache und abgekürztes Verfahren nach künftigem Schweizerischem Strafprozess-*

dass sie die Durchführung des abgekürzten Verfahrens nicht bloss dann ablehnen kann und in diesem Fall sogar muss, wenn sie eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren verlangt, wie Art. 358 Abs. 2 dies vorsieht.<sup>10</sup> Es bedeutet auch, dass die Staatsanwaltschaft den Weg über das abgekürzte Verfahren versperren kann, selbst wenn die von der beschuldigten Person verlangten Unterwerfungsgesten (Geständnis und Anerkennung der Zivilansprüche) vorliegen: Es besteht kein Anspruch auf Durchführung.<sup>11</sup> Das Gesetz macht der Staatsanwaltschaft jedenfalls keinerlei explizite Vorgaben, wie sie ihr Ermessen auszuüben hat<sup>12</sup>, oder, bildlich gesprochen: unter welchen Voraussetzungen der Wegelagerer liegen bleiben oder zur Tat schreiten, will heissen, die Durchführung ablehnen soll. Wie dieser «pouvoir discrétionnaire» der Strafverfolgung in zivilisierte Bahnen gelenkt werden kann, wird noch zu klären sein. Eines dürfte das Bild aber klar gemacht haben: Ein Wegelagerer wird die Entscheidung nach seinen persönlichen Präferenzen treffen, und die werden in der Regel von seiner Einschätzung abhängen, was von dem Wandersmann an Beute zu erwarten ist. Auf eine derart subjektive Sicht, soviel lässt sich bereits jetzt sagen, wird sich die Strafverfolgungsbehörde nicht festlegen lassen dürfen. Vielmehr gilt es, für sie Kriterien zu benennen, mittels derer sich ihr Ermessen strukturieren lässt.<sup>13</sup> Anders stellt sich die Frage der Einleitung des abgekürzten Verfahrens für die Privatklägerschaft. Sie wird dazu nicht gehört, sondern erst nach Vorliegen der Anklageschrift um Zustimmung ersucht (und ihr wird man kaum Vorgaben machen können, wie sie ihren Willen zu bilden und zu äussern hat<sup>14</sup>).

Lehnt die Staatsanwaltschaft das abgekürzte Verfahren ab, nimmt die Untersuchung ihren gewohnten Fortgang. Heisst sie den Antrag der beschuldigten Person gut, teilt sie dies den Parteien mit. Ab diesem Zeitpunkt (spätestens<sup>15</sup>)

---

recht, in: Heike Jung/Bernd Luxenburger/Eberhard Wahle (Hrsg.), FS für Egon Müller, Baden-Baden 2008, S. 383–393, S. 390 Fn. 22.

10 Mit Blick auf die kantonalen Vorläufer (hinten IV.) könnte man geneigt sein, in diesen fünf Jahren einen guteidgenössischen Kompromiss zu sehen, nachdem im Kanton Tessin die Obergrenze auf drei Jahre festgelegt ist, in Basel-Landschaft und Zug hingegen keinerlei Beschränkungen vorgesehen sind. Weil indessen die Tessiner Lösung rechtspolitisch einen ganz anderen Hintergrund als die beiden andern aufweist, verbietet sich diese Sicht der Dinge.

11 KUNZ (Fn. 9), S. 385.

12 Auch die Botschaft (Fn. 2) schweigt zu der Frage (S. 1296).

13 Dazu hinten C.II.2.b) sowie HANSJÖRG STADLER, Das Ermessen der Staatsanwaltschaft im abgekürzten Verfahren nach dem Entwurf des Bundesrates zu einer schweizerischen Strafprozessordnung (E StPO), Masterarbeit vom 14. April 2007 im Rahmen des CCFW/Klasse Forensik II, S. 12 ([http://www.ccfw.ch/masterarbeit\\_stadler.pdf](http://www.ccfw.ch/masterarbeit_stadler.pdf)).

14 Dazu hinten S. C.II.2.c).

15 Das Gesetz sieht die notwendige Verteidigung dann vor, wenn ein abgekürztes Verfahren durchgeführt wird (Art. 130 lit. e). Das kann nicht bedeuten, dass es *erfolgreich* durchgeführt wird, denn dies steht erst am Schluss fest, wenn das Gericht die Anklageschrift zum Urteil erhebt (oder den Fall ins ordentliche Verfahren zurückweist). Deshalb ist zumindest auf den Beginn des abgekürzten Verfahrens abzustellen, sicher auf den Zeitpunkt, in dem feststeht, dass ein abgekürztes Verfahren seinen Anfang nehmen wird: mit dem positiven Entscheid der Staatsanwaltschaft über die Durchführung (Art. 359). Doch wird man selbst dies nicht genügen lassen kön-



liegt ein Fall von notwendiger Verteidigung vor (Art. 130 lit. e); hat die beschuldigte Person noch keine Verteidigung, ist ihr eine zu bestellen, ansonsten das Verfahren nicht weiter geführt werden darf.<sup>16</sup> Zugleich wird der Privatklägerschaft eine Frist von zehn Tagen gesetzt, um Zivilansprüche sowie die Forderung auf Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren anzumelden (Art. 359 Abs. 2). Der Privatklägerschaft die Gelegenheit zur Spezifizierung der Zivilansprüche einzuräumen<sup>17</sup> erklärt sich aus verschiedenen Gründen: Erstens kann die Staatsanwaltschaft auf Antrag des Beschuldigten das abgekürzte Verfahren auch dann einleiten, wenn dieser die Zivilansprüche erst im Grundsatz anerkannt hat (Art. 358 Abs. 1), dann dient die Anmeldung ihrer Spezifizierung. Selbst wenn der Beschuldigte die Zivilansprüche in einem bestimmten Betrag anerkannt hat, braucht dies nicht zwingend gegenüber der Privatklägerschaft erfolgt zu sein (sondern nur gegenüber der Staatsanwaltschaft), auch in diesem Fall erfüllt die Anmeldung nach Art. 359 Abs. 2 die Funktion ihrer näheren Bestimmung. Zudem werden sie damit von Seiten der Privatklägerschaft zum ersten Mal formell in das Verfahren eingeführt. Schliesslich setzt die Bestimmung taktischen Winkelzügen der Privatklägerschaft eine Schranke<sup>18</sup> und befördert damit auch das allgemeine Ziel des abgekürzten Verfahrens, den Prozess beschleunigt zu erledigen. Unterlässt die Privatklägerschaft die Anmeldung, so kann sie ihre Zivilansprüche nur noch im ordentlichen Zivilprozess geltend machen, und ihre Beteiligung am abgekürzten Verfahren entfällt.<sup>19</sup>

Im Anschluss an diese Formalitäten wartet grosse Arbeit auf die Staatsanwaltschaft: Sie hat die Anklageschrift zu erstellen (Art. 360 Abs. 1), als das vorweggenommene Urteil das Herzstück des abgekürzten Verfahrens. Neben den üblichen Angaben wie den Formalien und den verwirklichten Tatbeständen<sup>20</sup>

---

nen und bereits vorher ansetzen müssen: Die notwendige Verteidigung im abgekürzten Verfahren hat den Zweck, Informationsdefizite der beschuldigten Person in den Verhandlungen mit der Staatsanwaltschaft auszugleichen (Botschaft [Fn. 2], S. 1179). In der Praxis werden solche Verhandlungen bereits *vor* der Entscheidung über die Durchführung geführt werden, denn weder wird die beschuldigte Person der Staatsanwaltschaft bloss mitteilen, sie beantrage die Durchführung des abgekürzten Verfahrens, gestehe den für die rechtliche Würdigung wesentlichen Sachverhalt ein und anerkenne (im Grundsatz) die Zivilansprüche, noch wird die Staatsanwaltschaft sich mit einer solch rudimentären Erklärung als Grundlage ihrer eigenen Durchführungsentcheidung begnügen. Ein sehr wesentlicher Teil der Verhandlungen und Absprachen findet somit zeitlich vorher statt, und dabei ist die Position der beschuldigten Person durch eine notwendige Verteidigung zu stärken.

- 16 Man mag diese gesetzliche Regelung als Beleg dafür sehen, dass (auch) der Gesetzgeber sich des Missbrauchspotentials des abgekürzten Verfahrens durchaus bewusst ist, dazu näher hinten C.II.2.
- 17 Ablehnend aber CHARLOTTE WIESER, Kritische Anmerkungen zum abgekürzten Verfahren nach Art. 385 ff. VE StPO, BJM 2003, S. 1–27, S. 4.
- 18 ROBERT BRAUN, Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren: «Plea bargaining» im Kanton Basel-Landschaft?, Diss. Basel 2003, S. 69 (zit. Strafprozessuale Absprachen).
- 19 Botschaft (Fn. 2), S. 1296; Begleitbericht (Fn. 5), S. 233.
- 20 Wie die Art. 325 f. sie vorsehen. Einzelne dieser Angaben sind selbstverständlicher, aber in der einschlägigen Bestimmung explizit genannter formaler Bestandteil jeder Anklageschrift, etwa



enthält sie das Strafmass (lit. b), allfällige Massnahmen (lit. c), Weisungen für den Fall der Gewährung des bedingten Strafvollzuges (lit. d), einen allfälligen Widerruf von früher mit bedingtem Vollzug ausgesprochenen Sanktionen oder eine Entlassung aus dem Sanktionsvollzug (lit. e) sowie die Regelung der Kosten und Entschädigungen (lit. g). Aber die Anklageschrift im abgekürzten Verfahren beschäftigt sich nicht bloss mit dem strafrechtlichen Schicksal der beschuldigten Person, sondern kümmert sich auch um die Privatklägerschaft. Deren zivilrechtliche Ansprüche sind ebenfalls in der Anklageschrift zu regeln (lit. f).<sup>21</sup> Das heisst nicht, dass die Staatsanwaltschaft *zivilrichterliche* Aufgaben zu übernehmen und, auf Antrag, entsprechende Beweise zu erheben und dann zu würdigen hätte. Hier gilt es, sich an eine der erstgenannten Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens zu erinnern: an das Erfordernis anerkannter Zivilansprüche. Was das Gesetz «die Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche» nennt, ist also eine Bestandesaufnahme dessen, worüber sich die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft geeinigt haben.

Diese Anklageschrift wird den Parteien<sup>22</sup> eröffnet, worauf sie innert zehn Tagen und unwiderruflich Zustimmung oder Ablehnung zu erklären haben (Art. 360 Abs. 2). Dabei ist die Willensäusserung der beschuldigten Person, abgesehen von der Frist, an keine formellen Erfordernisse gebunden; erforderlich ist nur, dass sie explizit erfolgt. Dies liegt bei der Privatklägerschaft gleich doppelt anders: Erstens kann eine Ablehnung nur schriftlich erfolgen, und zweitens, wichtiger noch, gilt für sie Schweigen als Zustimmung (Art. 360 Abs. 3). Dieses Zustimmungserfordernis, wenngleich es durch die erwähnten Formalien nach Kräften fingiert wird, macht die Privatklägerschaft aus der Sicht der beschuldigten Person zum zweiten und nunmehr tatsächlich als solchen zu begreifenden Wegelagerer. Das wird noch ausführlich zu begründen sein.<sup>23</sup> Aber hier ist klar, dass, im Unterschied zur Staatsanwaltschaft, von – wie auch immer – gebundenem (gebändigtem) Ermessen in ihrer Ablehnungs- oder Zustimmungseinscheidung keine Rede sein kann, ja die Rede von Ermessen überhaupt

---

Ort und Datum, anklageerhebende Staatsanwaltschaft, angerufenes Gericht, beschuldigte Person samt Verteidigung und geschädigte Person. Weiter ist eine kurze Beschreibung der Tat sowie ihrer näheren Umstände und Folgen verlangt, die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Tatbestände sowie vergangene oder zukünftige prozessuale Eckdaten (vgl. Art. 326 Abs. 1). In Teilen überschneiden sich die nach Art. 325 f. notwendigen Angaben der Anklageschrift mit denjenigen, die für das abgekürzte Verfahren spezifisch vorgeschrieben sind, etwa (im ordentlichen Verfahren) die Anträge zu den Sanktionen (Art. 326 Abs. 1 lit. f und g) mit den lit. b–d von Art. 360 (Strafmass, Massnahmen, Weisungen bei Gewährung des bedingten Strafvollzuges, Widerruf von bedingt ausgesprochenen Sanktionen).

21 Damit geht diese Regelung über die Pflicht der Staatsanwaltschaft im ordentlichen Verfahren hinaus, die zur Beurteilung der Zivilklage erforderlichen Beweise zu erheben, denn diese gilt nur unter dem Vorbehalt, dass «das Verfahren dadurch nicht wesentlich erweitert oder verzögert wird» (Art. 313 Abs. 1). Zudem sind die darauf bezogenen Angaben formal nicht Bestandteil der Anklageschrift, vgl. Art. 326 Abs. 1 lit. a.

22 Beschuldigte Person und Privatklägerschaft, Art. 104 Abs. 1 lit. a und b.

23 Hinten C.II.2.c).

sinnlos wird vor dem Hintergrund einer privatautonom, nach eigenem Gutdünken und ohne rechtliche Rücksichten zu treffenden Entscheidung. Fehlt es an der Zustimmung einer Partei, so kommt das abgekürzte Verfahren zu seinem vorzeitigen Ende und ein ordentliches Verfahren wird durch- bzw. fortgeführt (Art. 360 Abs. 5). Wenn die Anklageschrift hingegen den Segen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft findet, übermittelt die Staatsanwaltschaft sie samt den Akten an das zuständige erstinstanzliche Gericht (Art. 360 Abs. 4).

### 3. *Bestätigung und Scheitern*

Das Gericht ist nach expliziter gesetzlicher Vorschrift gehalten, eine Hauptverhandlung durchzuführen (Art. 361 Abs. 1). Doch würde man staunen, wenn das, was hier Hauptverhandlung genannt wird, tatsächlich eine (ordentliche) Hauptverhandlung wäre, wenn sie, die mit der Strafprozessordnung ohnehin zum Ausnahmemodell strafrechtlicher Verfahrensabwicklung geworden ist, ausgerechnet in einem Verfahren durchzuführen wäre, das Charme und Verheissung aus der eigenen Kürze bezieht. Und in der Tat: Ein abgekürztes Verfahren verträgt sich nicht mit dem, was eine Hauptverhandlung u.a. leisten sollte: mit einer Gegenkontrolle der Anklage<sup>24</sup>, die in erster Linie über die erneute Abnahme und Würdigung der Beweise zu erfolgen hätte. Es ist insofern nur konsequent, dass Art. 361 Abs. 4 das Herzstück jeder Hauptverhandlung für überflüssig erklärt: «Ein Beweisverfahren», so heisst es dort lapidar, «findet nicht statt». Vielmehr beschränkt sich die Hauptverhandlung auf die Befragung der beschuldigten Person mit Blick darauf, ob sie den der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt anerkennt (Art. 361 Abs. 2 lit. a), was lit. b vorwegnimmt, wenn sie das Gericht zur Überprüfung anhält, ob diese (positive) Erklärung mit der Aktenlage übereinstimmt (ohne vorherige Anerkennung des rechtlich wesentlichen Sachverhaltes wäre es nicht zur Durchführung des abgekürzten Verfahrens gekommen, Art. 358 Abs. 1). Wenn nötig, können auch die übrigen Parteien befragt werden.<sup>25</sup> – Die Sachurteilsvoraussetzungen hingegen, von denen in Art. 361 nicht die Rede ist, müssen im abgekürzten Verfahren ganz ebenso vorliegen wie im ordentlichen Prozess, denn ohne sie darf das Verfahren überhaupt nicht geführt oder fortgeführt werden, handle es sich um ein kurzes oder ein ausgedehntes. Das Gericht hat sich mithin auch im abgekürzten Verfahren von Amtes wegen zu vergewissern, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und keine Verfahrenshindernisse bestehen (Art. 329 Abs. 1 lit. a und b).<sup>26</sup> Fehlende örtliche oder sachliche Zuständigkeit

24 Vgl. nur DETLEF KRAUSS, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, recht 1986, S. 73–87, S. 77, und recht 1987, S. 42–59, S. 49.

25 Zu welchem Kreis nunmehr, in der Hauptverhandlung, auch die Staatsanwaltschaft zählt (Art. 104 Abs. 1 lit. c), sofern sie die Anklage persönlich vertritt (was für das abgekürzte Verfahren nicht per se verlangt ist, vgl. Art. 337).

26 BRAUN (Fn. 18), Strafprozessuale Absprachen, S. 78.

oder die Verjährung etwa führen (nicht unmittelbar zu einer Einstellung des abgekürzten Verfahrens, aber) zur Rückweisung der Akten an die Staatsanwaltschaft (Art. 362 Abs. 4).

Die Beschränkung der Hauptverhandlung findet ihre Entsprechung in der Beschränkung des Urteils bzw. des ablehnenden Entscheides.<sup>27</sup> Das Gericht befindet – etwas vereinfacht – nicht darüber, ob *die Verurteilung* der beschuldigten Person rechtmässig ist, sondern ob es rechtmässig ist, sie *im abgekürzten Verfahren* zu verurteilen. Nicht die Verurteilungsvoraussetzungen in Form aller Elemente des Tatbestandes, fehlender Rechtfertigungsgründe oder vorhandener Schuldfähigkeit werden geprüft, sondern ob die Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens vorliegen. Deshalb ist es abermals folgerichtig, wenn Art. 362 Abs. 1 dem Gericht aufträgt, frei (wie auch sonst?<sup>28</sup>) darüber zu befinden, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist (lit. a), die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und mit den Akten übereinstimmt (lit. b)<sup>29</sup> und, leises Aufbegehren gegen exekutivische Verfahrens- und Urteilshoheit, ob die beantragten Sanktionen angemessen sind (lit. c).<sup>30</sup> Die positive Antwort führt zu einer Veredelung der Anklageschrift: Die in ihr genannten Straftatbestände, Sanktionen und Zivilansprüche werden zum Inhalt des Urteils (Art. 362 Abs. 2 Satz 1). Dieses Urteil ist zu begründen<sup>31</sup>, allerdings mit einer doppelten Einschränkung: Begründet wird nicht etwa, aus welchen Gründen welcher Tatbestand erfüllt ist und welche Strafe schuldangemessen erscheint, sondern nur, aus welchen Gründen *die Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens* erfüllt sind, und auch dies nur summarisch (Art. 362 Abs. 2 Satz 2). Eingeschränkt sind in diesem Fall, dass das abgekürzte Verfahren sein glückliches Ende findet, auch die Rechtsmittelmöglichkeiten: Dann

27 Der Terminus «Urteil» bezieht sich in diesem Kontext nur auf den Fall der Gutheissung des abgekürzten Verfahrens, wie sich aus dem Gegenbegriff des «ablehnenden Entscheides» ergibt.

28 Kritisch auch KUNZ (Fn. 9), S. 390. Eine Erklärung für die Formulierung findet sich weder in der Botschaft (Fn. 2; vgl. S. 1296 f.) noch im Begleitbericht (Fn. 5, vgl. S. 234 f.), woher die Formulierung stammt. Die Betonung der *freien* Entscheidung des Gerichts stellt einerseits die implizite Bestätigung dessen dar, dass die eigentliche Entscheidung insofern nicht mehr frei erfolgt, als ihr Gegenstand auf die in Art. 362 Abs. 1 lit. a–c genannten Punkte eingeschränkt ist und sich nicht (mehr) auf den Inbegriff der Verurteilungsvoraussetzungen erstreckt. Andererseits ist die Präzisierung überflüssig: Eine gerichtliche Entscheidung als solche erfolgt immer frei, selbst wenn sie auf Rechtsfragen oder, spezifischer, etwa auf eine Willkürprüfung begrenzt ist; und dass (zumindest) die Entscheidung, nachdem bereits ihr Gegenstand auf bestimmte Punkte beschränkt ist, nicht ihrerseits erneut beschränkt ist, etwa in Gestalt einer Kognitionsbeschränkung, sondern frei erfolgt, erscheint als Selbstverständlichkeit.

29 Recte wohl: Ob das Ergebnis der Hauptverhandlung mit der Anklage und (diese) mit den Akten übereinstimmt.

30 Dabei ergibt sich in diesem Punkt eine «logische Kalamität»: Art. 362 Abs. 2 betrachtet die Angemessenheit der beantragten Sanktionen offenbar als *Voraussetzung* für ein Urteil im abgekürzten Verfahren. Im selben Absatz jedoch werden die Sanktionen – natürlich – zum *Gegenstand* des Urteils erhoben.

31 Eine allfällige schriftliche Begründung richtet sich nach Art. 82.

kann eine Partei zwar die Berufung ergreifen, ist aber in den zulässigen Rügen massiv eingeschränkt: Gehört wird nur der Einwand, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt<sup>32</sup> oder das Urteil entspreche nicht der Anklageschrift (Art. 362 Abs. 5).

Fehlt es hingegen an einer (oder mehreren) der Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren (inkl. Sachurteilsvoraussetzungen), so sieht das Gesetz als einzig mögliche Folge vor, dass das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft zurückweist mit dem Auftrag, das ordentliche Vorverfahren durchzuführen (Art. 362 Abs. 3). Insbesondere ist es dem Gericht, dem Gesetzestext nach zu urteilen, im abgekürzten Verfahren verwehrt, die beantragten Sanktionen eigenhändig abzuändern, etwa das Strafmass auf die ihm angemessenen erscheinende Höhe herauf- oder herabzusetzen (Art. 47 ff. StGB), den bedingten Strafvollzug entgegen der Anklageschrift zu verweigern oder zu gewähren (Art. 42 Abs. 1–3 StGB) oder eine bedingte Geldstrafe mit einer Busse zu verbinden (Art. 42 Abs. 4 StGB), von der Anordnung einer ambulanten Massnahme abzusehen (Art. 63 StGB) oder den Umfang einzuziehender Vermögenswerte auszuweiten (Art. 70 ff. StGB). Der denkbaren Möglichkeiten sind ungezählte, das Gesetz nimmt darauf keine Rücksicht: Es verbietet nicht nur die Sanktionskorrektur durch das Gericht selber, auch die Rückweisung an die Staatsanwaltschaft zur Änderung der Sanktion und Neueinreichung ist nicht vorgesehen. Art. 362 Abs. 3 ordnet allein *den Abbruch* des abgekürzten Verfahrens an, wenn das Gericht auch nur in *einem*, möglicherweise untergeordneten, Punkt der Strafzumessung von dem Urteilsvorschlag abweichen will. Diesen Entscheid erklärt das Gesetz für unanfechtbar, eine dagegen gerichtete Beschwerde (Berufung ohnehin) ist mithin ausgeschlossen (Art. 380).

Man könnte in dieser Regelung einen Versuch zur Disziplinierung der Strafverfolgung sehen, doch braucht es keine prophetischen Gaben um vorauszusagen, dass sich die Praxis, nennenswerte Bedeutung des abgekürzten Verfahrens überhaupt einmal vorausgesetzt, an diese rigiden Vorgaben kaum halten wird.<sup>33</sup> Sie stehen auch in einem eigentümlichen Spannungsverhältnis zu den Bestimmungen, welche die Einleitung und die Durchführung des Verfahrens regeln (Art. 358–360) und sich durch unscharf konturierte Voraussetzungen und weites Ermessen der Staatsanwaltschaft auszeichnen. Bereits die Botschaft hat deshalb erklärt, dass es möglich sein müsse, im Einverständnis aller Beteiligten die Anklage oder die rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts zu än-

32 Was die Staatsanwaltschaft, obwohl Partei (Art. 104 Abs. 1 lit. c), als Verfasserin der Anklageschrift nicht wird geltend machen können.

33 Wer trotzdem davon ausgeht, wird sich überlegen müssen, welche Folgen dies für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft hat. Aus ihrer Perspektive dürfte die wörtliche Befolgung des Gesetzes dazu führen, sich beim Gericht vorgängig der Akzeptanz der beantragten Sanktionen zu versichern, will sie nicht riskieren, mit der Einschlagung des abgekürzten Verfahrens einen Mehrstatt einen (wenn überhaupt) Minderaufwand auf sich zu nehmen.

dern.<sup>34</sup> Dem wird man insofern zustimmen können, als nichts dagegen spricht, eine aus Sicht des Gerichts unangemessene Sanktion auf ein angemessenes Mass zu bringen (Art. 362 Abs. 1 lit. c); die beschuldigte Person wird dadurch nicht schlechter gestellt, als sie es im abgekürzten Verfahren ohnehin bereits ist. Das gilt jedenfalls für den Fall einer Herabsetzung der Sanktion, und für eine Verschärfung wird sie regelmässig nicht zu haben sein.<sup>35</sup> Schon weniger klar ist der Fall einer Änderung der rechtlichen Würdigung des angeklagten Sachverhaltes. Die Anklageschrift enthält auch im abgekürzten Verfahren u.a. «die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen» (Art. 325 Abs. 1 lit. g, Art. 360 Abs. 1 lit. a). Kommt indessen das Gericht zum Schluss, der angeklagte Sachverhalt falle unter eine andere als die von der Staatsanwaltschaft genannte Strafnorm, so fehlt es an dem Erfordernis, dass «die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung (...) übereinstimmt», wie Art. 362 Abs. 1 lit. b es verlangt. Doch ist die Staatsanwaltschaft weder im ordentlichen (Art. 337 Abs. 2) noch im abgekürzten Verfahren an ihre in der Anklageschrift vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden. Deshalb kann sie diese in der Hauptverhandlung des abgekürzten Verfahrens ändern, so dass Übereinstimmung zwischen der Anklage und dem Ergebnis der Hauptverhandlung hergestellt ist.<sup>36</sup> Ihre Grenze findet diese Flexibilität bei dem dritten der Gegenstände, über die das Gericht zu befinden hat: ob «die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist» (Art. 362 Abs. 1 lit. a). Verneint es

34 Botschaft (Fn. 2), S. 1297; ebenso wohl HANSJÖRG STADLER, in: Peter Goldschmid/Thomas Maurer/Jürg Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 356.

35 Dieser Fall bedarf freilich noch näherer Untersuchung: Darf die beschuldigte Person vor die Alternative gestellt werden, entweder Hand für eine Verschärfung zu bieten oder aber damit rechnen zu müssen, dass das gesamte bisherige abgekürzte Verfahren annulliert und in den ordentlichen Prozess zurückgewiesen wird? Die schnelle Antwort lautet ja, wenn sie doch bereits am Verfahrensanfang vor der Entscheidung steht, ob sie das abgekürzte Verfahren beantragen will. Zweifel rühren daher, dass unter Umständen (auch) diese Entscheidung nicht frei erfolgt, weil die beschuldigte Person *mit Blick auf die von der Staatsanwaltschaft beantragte* Strafe bereits Zugeständnisse gemacht hat, zu denen sie mit Bezug auf die erhöhte Strafe nicht bereit gewesen wäre, zugleich aber der erfolgreiche Abschluss des abgekürzten Verfahrens so nahe gerückt und greifbar geworden ist, dass sie die Neuaufrollung nicht mehr in Kauf zu nehmen bereit ist. Die Frage einer Verschärfung der Sanktion ist nicht akademischer Natur: Die Erfahrungen im Kanton Zug (dazu hinten IV.3.) haben gezeigt, dass – anders als im «Normalfall» – die von der Staatsanwaltschaft beantragte Sanktion nicht selten eher milder ist als diejenige, die das Gericht verhängen würde, von diesem aber, ebenfalls nicht selten, als gerade noch schuldangemessen taxiert wird.

36 Darin liegt letztlich auch die präzise Begründung für eine Änderung mit Blick auf die Sanktion. Denn diese hat die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift des abgekürzten Verfahrens zu nennen (Art. 360 Abs. 1 lit. b–e), und sie stimmt nicht mehr mit einer in der Hauptverhandlung abgeänderten (reduzierten) Sanktion überein (Art. 362 Abs. 1 lit. b). Aber die Staatsanwaltschaft ist auch an die Anträge in der Anklageschrift nicht gebunden, wie Art. 337 Abs. 2 deutlich macht, sondern kann sie in der Hauptverhandlung abändern, was wiederum Übereinstimmung möglich macht.



diese Frage, kommt nur noch ein ablehnender Entscheid und Rückweisung der Akten an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens in Betracht.<sup>37</sup>

Zum Schluss muss nochmals der Fall des Scheiterns der Absprache zur Sprache kommen. Jede Regelung sieht sich in diesem Punkt vor die Frage gestellt, was mit all den Äusserungen geschehen soll, die im Verlaufe der Verhandlungen, von der beschuldigten Person, von der Staatsanwaltschaft und von der Privatklägerschaft, getätigt wurden. Das Gesetz gibt darauf die einzig vernünftige (und dennoch nur zum Teil durchführbare, s. sogleich) Antwort: «Erklärungen, die von den Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben worden sind, sind nach der Ablehnung eines Urteils im abgekürzten Verfahren in einem folgenden ordentlichen Verfahren nicht verwertbar» (Art. 362 Abs. 4). Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass im Rahmen des abgekürzten Verfahrens von allen Seiten Zugeständnisse gemacht werden, die nur vor dem Hintergrund eines «do ut des» ihre Gültigkeit haben und behalten sollen. Deshalb fallen solche Zugeständnisse, wenn ihre Geschäftsgrundlage entwindet, unter ein Beweisverwertungsverbot.<sup>38</sup> Sie können zwar nicht ungeschehen gemacht werden, aber sie sollen rechtlich als ungeschehen behandelt werden.<sup>39</sup> Gesetzlich so geregelt ist dies freilich nur für den Fall, dass *das Gericht* ein Urteil im abgekürzten Verfahren ablehnt. Nichts anderes kann jedoch dann gelten, wenn eine Partei der Anklage nicht zustimmt und aus diesem Grund ein ordentliches Verfahren durchzuführen ist (Art. 360 Abs. 5).<sup>40</sup>

Die Wirksamkeit dieses Beweisverwertungsverbotes hängt entscheidend von der Art und Weise seiner praktischen Durchführung ab. Das Gesetz äussert sich dazu im Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren nicht, es enthält aber eine Regelung für das Schicksal von *unverwertbaren* (nicht nur rechtswidrig erlangten) Beweismitteln: Solche werden «aus den Straftaten entfernt, bis

37 Anders offenbar DANIEL JOSITSCH/PATRICK BISCHOFF, *Das Abgekürzte Verfahren* gemäss Art. 365–369 des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, in: M. A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Quelo (Hrsg.), FS für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 429–440, S. 432, welche die Korrekturmöglichkeiten auf sämtliche drei der in Art. 362 Abs. 1 genannten Gegenstände beziehen.

38 Dazu näher ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, § 60 N 5 ff.; NIKLAUS OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 2. Aufl., Bern 2005, N 805 ff.; NIKLAUS SCHMID, *Strafprozessrecht*, 4. Aufl., Zürich 2004, N 606 ff. (zit. *Strafprozessrecht*).

39 Streitigkeiten könnten sich aus der Frage ergeben, ob eine Erklärung «im Hinblick» auf das abgekürzte Verfahren abgegeben worden ist, wie Art. 362 Abs. 4 es verlangt. Nur jene Erklärungen darunter zu fassen und gegenstandslos werden zu lassen, die nach Einreichung des Antrages durch den Beschuldigten abgegeben worden sind (so WIESER [Fn. 17], S. 9), greift zu kurz: Es gibt keinen Grund, Erklärungen, die im «Abtastungsstadium» ergangen sind, also noch vor dem Antrag selber und gerade mit Blick auf dessen Einreichung, von der Hinfälligkeit auszunehmen. Die gegenteilige Entscheidung verunmöglicht es dem Beschuldigten, die Chancen eines allfälligen Antrages bei der Staatsanwaltschaft auch nur in Umrissen zu ertasten.

40 JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 37), S. 433.

zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet» (Art. 141 Abs. 5). Dasselbe Vorgehen empfiehlt sich auch im Falle der gerichtlichen Rückweisung der Akten an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines ordentlichen Vorverfahrens. Allerdings ist mit der Extraktion dieser Akten aus dem Verfahren das Problem weiterhin ungelöst, dass ihr Inhalt dem das abgekürzte Verfahren führenden Staatsanwalt sowie dem Gericht bekannt ist. Abhilfe vermag die Auswechslung der Verfahrensoffiziellen zu schaffen: Der Staatsanwalt übergibt das Dossier seiner Kollegin<sup>41</sup>, und die Richter im ordentlichen Verfahren sind andere als diejenigen, die ein Urteil im abgekürzten Verfahren abgelehnt haben. Noch so ist nicht sicher gestellt, dass tatsächlich keinerlei Hinweis auf die Vorgeschichte die weitere Untersuchung bzw. die Hauptverhandlung trübt, und in kleinräumigen Verhältnissen stösst dieser Vorschlag ohnehin an seine Grenzen. – Mit diesem kurzen Durchgang durch das abgekürzte Verfahren ist nun der Weg frei für seine Verortung in der Strafprozessordnung.

### III. Das abgekürzte Verfahren im Verfahrensensemble der Strafprozessordnung

Das Gesetz kennt zur Hauptsache drei Verfahren, an deren Ausgang eine Sanktion für schuldhaft Tatbegehung durch die im Prozess anwesende beschuldigte Person stehen kann: das ordentliche Verfahren, das Strafbefehlsverfahren und das abgekürzte Verfahren.<sup>42</sup> Dabei umschreibt es dessen Anwendungsbereich nicht unmittelbar, doch ergibt er sich indirekt aus Art. 358 Abs. 1. Danach kann die beschuldigte Person der Staatsanwaltschaft *bis zur Anklageerhebung* die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen. Was im Kontext dieser Regelung als zeitliche Begrenzung gemeint ist, gibt auch Auskunft über den Anwendungsbereich des abgekürzten Verfahrens. Es stellt die Alternative zu den Fällen dar, in denen im ordentlichen Verfahren Anklage zu erheben wäre. Eine Anklageerhebung wiederum schreibt das Gesetz vor, wenn, bei hinreichendem Tatverdacht, kein Strafbefehl erlassen werden kann (Art. 324 Abs. 1). Den Weg des abgekürzten Verfahrens einzuschlagen scheidet somit aus, soweit

41 Im Kanton Zug etwa wird, sobald das abgekürzte Verfahren ins Gespräch kommt, das Dossier dem stellvertretenden Oberstaatsanwalt zugeleitet, der anschliessend das Verfahren führt. Im Falle des Scheiterns ist dieser nicht weiter damit befasst, vielmehr geht die Strafsache an den ursprünglich zuständigen Staatsanwalt zurück.

42 ANDREAS DONATSCH/CLAUDINE CAVEGN, *Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung*, ZStrR 2008, S. 158–173, S. 160. – Im Entwurf waren zwei Arten von Beweisabnahme im Rahmen des ordentlichen Verfahrens vorgesehen, die ordentliche und die vereinfachte Beweisabnahme (Art. 344 f. E StPO), kritisch MARK PIETH, *Spart die Schweiz im Strafprozessrecht den Richter ein?*, in: Reinhard Moos/Udo Jesionek/Otto F. Müller (Hrsg.), *Strafprozessrecht im Wandel*, FS für Roland Miklau zum 65. Geburtstag, Innsbruck 2006, S. 383–393, S. 390. Diese Zweiteilung ist nicht in Art. 343 übernommen worden, näher dazu DONATSCH/CAVEGN, a.a.O., S. 160.

das Strafbefehlsverfahren anwendbar ist. Aus der entgegengesetzten Perspektive: Fällt es ausser Betracht, bleibt das abgekürzte Verfahren grundsätzlich möglich.

Dabei kann das Strafbefehlsverfahren aus zwei prinzipiell verschiedenen Gründen entfallen. Es setzt u.a. voraus, dass die beschuldigte Person den Sachverhalt eingestanden hat (Art. 352 Abs. 1). Fehlt es daran, kann sie nicht im Strafbefehlsverfahren verurteilt werden. Aber dann scheidet ebenso eine Verurteilung im abgekürzten Verfahren aus, denn auch dafür müsste die beschuldigte Person den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingestehen (Art. 358 Abs. 1). Diese Voraussetzung des abgekürzten Verfahrens gibt auch den Ausschlag dafür, dass die Alternative, die das Strafbefehlsverfahrens *anstelle* eines Geständnisses für seine Durchführung ausreichen lässt, dass nämlich der Sachverhalt «anderweitig ausreichend geklärt» erscheint (Art. 352 Abs. 1), ohne dass ein Geständnis vorliegt, im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung bleibt: Zur Einleitung eines abgekürzten Verfahrens genügt diese Voraussetzung nicht. Kurz: Bei fehlendem Geständnis und nicht ausreichender anderweitiger Klärung des Sachverhaltes scheidet zwar das Strafbefehlsverfahren aus, das abgekürzte Verfahren aber ebenso. Hier bleibt nur, den Weg des ordentlichen Verfahrens einzuschlagen.

Die andere Grenze des Strafbefehlsverfahrens bestimmt sich nach der Art und/oder der Höhe der Strafe, welche die Staatsanwaltschaft für ausreichend hält. Soweit ein Geständnis vorliegt und es um Bussen, Geldstrafen von höchstens 180 Tagessätzen, gemeinnützige Arbeit (im höchstmöglichen Umfang, d.h. 720 Stunden, Art. 37 Abs. 1 StGB) oder Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten geht (Art. 352 Abs. 1), ist das Strafbefehlsverfahren anwendbar. Hält also die Staatsanwaltschaft eine Strafe im maximalen Umfang der genannten Grenzen für ausreichend, so muss sie eine solche im Strafbefehlsverfahren verhängen, weil ihm zwingender Charakter zukommt: Liegen seine Voraussetzungen vor, *muss* es eingeschlagen werden<sup>43</sup>, abgesehen davon, dass für das abgekürzte Verfahren in diesem Fall kein Bedürfnis besteht.<sup>44</sup> Fälle mit geständigem Angeklagten und einer Strafe in Höhe von maximal sechs Monaten Freiheitsstrafe oder ihren Äquivalenten sind somit im Strafbefehlsverfahren zu erledigen. Erst jenseits dieser Strafuntergrenze kommt das abgekürzte Verfahren in Betracht, also dann, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von über sechs Mo-

43 NIKLAUS SCHMID, in: Andreas Donatsch/Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., § 317 N 28.

44 Hat die Staatsanwaltschaft den Weg des abgekürzten Verfahrens eingeschlagen und mit dahin lautendem Antrag dem Gericht eine Anklageschrift eingereicht, die ein über das Strafbefehlsniveau reichendes (aber unter fünf Jahren liegendes) Strafmass vorsieht, und hält das Gericht die beantragte Sanktion nicht für angemessen (Art. 362 Abs. 1 lit. c), sieht das Gesetz die Durchführung eines ordentlichen Vorverfahrens vor. Das gilt nach dem Wortlaut der genannten Norm selbst dann, wenn in der Folge auch die Staatsanwaltschaft eine Strafe anstrebt, die innerhalb des Strafbefehlsrahmens liegt; den Weg des Strafbefehlsverfahrens einzuschlagen, ist in diesem Fall nicht vorgesehen.



naten bis zu fünf Jahren (Art. 358 Abs. 2) oder eine Geldstrafe zwischen 181 und 360 Tagessätzen verlangen will.

#### IV. Kantonale Vorläufer

Das abgekürzte Verfahren auf Bundesebene stellt keine originäre Neuschöpfung dar, sondern kennt kantonale Vorläufer. Die Kantone Tessin, Basel-Landschaft und Zug haben, in dieser Reihenfolge<sup>45</sup>, bereits vor der schweizerischen Strafprozessordnung ihre Strafverfahrensgesetze mit dem Institut «des» abgekürzten Verfahrens angereichert<sup>46</sup>, allerdings aus unterschiedlichen Gründen. Es lohnt sich, Ausgestaltung und Hintergründe dieser kantonal geregelten abgekürzten Verfahren etwas genauer zu betrachten.

##### 1. Tessin

Im Kanton Tessin erfolgte die Einführung der «procedura abbreviata» vor dem Hintergrund von ausgedehnten Formalitäten in der Hauptverhandlung vor der Corte delle Assise correzionali<sup>47</sup>, die man für unnötig und hinderlich hielt. Das Verfahren vor diesem Geschworenengericht ist (bzw. war) einer strengen Unmittelbarkeit verpflichtet<sup>48</sup>, und die Erfahrung hatte gezeigt, dass in einem erheblichen Teil der Fälle der Anklagesachverhalt und dessen rechtliche Würdigung nicht oder nur in zweitrangigen Punkten bestritten wurden. Die Erörterung der darauf bezogenen Fragen in der Hauptverhandlung kam einer öffentlichen Diskussion von bereits in der Untersuchung etablierten Fakten gleich, so dass darauf je länger je häufiger verzichtet wurde. Der Gegenstand der Verhandlung beschränkte sich so zur Hauptsache auf die Strafzumessung.<sup>49</sup> Beweise wurden in diesen unbestrittenen Fällen in der Hauptverhandlung keine mehr erhoben, und die procedura abbreviata stellt in den Augen ihrer Urheber nichts anderes als den Versuch dar, dieser Praxis – neben der Möglichkeit des Verzichts auf die Beurteilung durch das Geschworenengericht überhaupt<sup>50</sup> – zu

45 Tessin per 1. Januar 1999, Basel-Landschaft per 1. Januar 2000 und Zug per 1. Januar 2003. Hingegen hat der Kanton St. Gallen in seinem per 1. Juli 2000 in Kraft getretenen Strafprozessgesetz mit Bedacht darauf verzichtet, eine dem plea bargaining ähnliche Regelung vorzusehen, näher JOE KEEL, Neues Strafprozessgesetz des Kantons St. Gallen, SJZ 2000, S. 433–438, S. 437.

46 Die einschlägigen Bestimmungen sind im Anhang II abgedruckt.

47 Art. 50 ff. Legge sull'organizzazione giudiziaria vom 10. Mai 2006 (LOG; RL 3.1.1.1).

48 Vgl. Art. 224 ff., insbes. Art. 233 Abs. 1, Art. 239 und Art. 259 Codice di procedura penale vom 19. Dezember 1994 (CCP; RL 3.3.3.1).

49 Modifica di alcune disposizioni relative all'attività e all'organizzazione del Ministero pubblico, Messaggio 4764 dal 10 giugno 1998, S. 9 (zit. Messaggio).

50 Welche Möglichkeit das Tessiner Recht bereits damals vorsah und noch heute vorsieht (vgl. Art. 39 des zur Zeit der Einführung der procedura abbreviata geltenden Legge organica giudiziaria civile e penale vom 24. November 1910 und Art. 61 des heutigen LOG [Fn. 47]).

ihrer gesetzlichen Grundlage zu verhelfen.<sup>51</sup> Das abgekürzte Verfahren ist auf die Fälle vor den Assise correzionali beschränkt, und weil deren Strafkompetenz bis höchstens 3 Jahre Freiheitsstrafe reicht, ist damit auch der Anwendungsbereich des abgekürzten Verfahrens vorgegeben.<sup>52</sup> Damit treten Stossrichtung und Charakter dieser Form des abgekürzten Verfahrens deutlicher hervor: Es versteht sich als eine Massnahme (unter mehreren<sup>53</sup>) der Verfahrensbeschleunigung, die nach ihrem eigenen Anspruch ohne Abstriche vom Prinzip der materiellen Wahrheit auskommt. Deshalb scheidet, jedenfalls nach der gesetzlichen Konzeption, die Möglichkeit aus, über den Gegenstand der Anklage (oder gar des Urteils und/oder seine Folgen) Absprachen zu treffen. Vielmehr soll sich die Absprache zwischen Angeklagtem und Staatsanwaltschaft auf die Form des Verfahrens beziehen, aber nicht auf seinen Inhalt<sup>54</sup>, und deshalb legte der Tessiner Gesetzgeber grossen Wert darauf, die *procedura abbreviata* deutlich vom italienischen *patteggiamento* oder vom amerikanischen *plea bargaining* abzugrenzen.<sup>55</sup> Es ist aus dieser Warte nur konsequent, wenn der Tessiner Variante ein Element fehlt, das nach heutiger Auffassung für eines der grössten und ungelösten Probleme abgesprochener Verfahren steht: einer Regelung des Schicksals allfälliger Zugeständnisse in der Verhandlungsphase für den Fall des Scheiterns der Absprache. Wo keine materiellen Absprachen vorkommen (sollen), ist auch deren Fehlschlagen kein Thema. Mit Ausnahme dieses letztgenannten Punktes wird all dies zwar aus den Materialien deutlich, hat aber im Gesetzestext selber keinen Niederschlag gefunden. Das mag erklären, weshalb die Regelungen des Kantons Basel-Landschaft und des Bundes, die grosse

51 Die Anerkennung der Zivilansprüche wird in der Tessiner Regelung, vor diesem Hintergrund verständlich, nicht explizit als Voraussetzung (die sie in der Sache natürlich dennoch ist) der *procedura abbreviata* bezeichnet (vgl. Art. 316 CCP TI [Fn. 48]), sondern erscheint mehr beiläufig als ein Bestandteil der Anklageschrift (Art. 316d Abs. 1 lit. d CCP TI [Fn. 48]: «l'eventuale indennizzo alla parte civile»).

52 Der *Messaggio* (Fn. 49) untermauert diesen (formalen) Hinweis mit dem materiellen Argument, für die schweren Fälle sei das Urteil über Schuld und Strafe einem Gerichtshof (aus Richtern und Geschworenen) zu überlassen, der unabhängig der Übereinkunft der Parteien agiert (S. 9). – Der Gesetzesvorschlag des Regierungsrates hatte, als obere Grenze, die im abgekürzten Verfahren zulässige Sanktion sogar auf eine mit bedingtem Vollzug ausgesprochene Freiheitsstrafe (d.h. damals auf 18 Monate) beschränken wollen, vgl. den Entwurf von Art. 316d CCP TI in *Messaggio* (Fn. 49), S. 27.

53 Vereinfachungen im Bereich des Strafbefehlsverfahrens, der Nichteröffnung der Untersuchung und ihrer Einstellung (*Messaggio* [Fn. 49], S. 7, 13 f.).

54 *Rapporto dal 22 settembre 1998 della Commissione per l'organizzazione del Ministero pubblico sul messaggio dal 10 giugno 1998 concernente la modifica di alcune disposizioni relative all'attività e all'organizzazione del Ministero pubblico*, S. 5; REGULA SCHLAURI, Das abgekürzte Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Basel-Landschaft und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen *plea bargaining*?, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid*, Zürich 1999, S. 479–495, S. 486.

55 *Messaggio* (Fn. 49), S. 9 f.; *Rapporto* (Fn. 54), S. 4 f. Näher zu italienischen Versionen von abgekürzten Verfahren RENZO ORLANDI, Absprachen im italienischen Strafverfahren, *ZStW* 2004, S. 120–128.

Ähnlichkeiten mit der Tessiner Lösung aufweisen, ihre Verfahrensverkürzungen mit ganz anderen Hoffnungen verbinden.

## 2. *Basel-Landschaft*

Nur ein Jahr später als der Kanton Tessin hat der Kanton Basel-Landschaft eine ebenfalls mit «abgekürztes Verfahren» betitelte besondere Verfahrensform eingeführt.<sup>56</sup> Sie ist, vom Gesetzestext her, mit der Tessiner Variante (und der schweizerischen) über weite Strecken deckungsgleich. Ein Unterschied besteht zunächst insofern, als die Baselbieter Lösung keine Obergrenze der maximal möglichen (Freiheits-)Strafe vorsieht;<sup>57</sup> sie erlaubt ein abgekürztes Verfahren grundsätzlich auch im Bereich der (sehr) schweren Kriminalität oder was als solche gilt, etwa (versuchte) Tötungsdelikte oder qualifizierter Betäubungsmittelhandel. Weiter enthält Art. 142 Abs. 3 StPO BL eine Regelung für das Schicksal von Parteiäusserungen mit Blick auf den Fall, dass das Gericht die Bestätigung der Anklageschrift verweigert: Dann werden die Zustimmungserklärungen zur Anklageschrift und allfällige weitere Zugeständnisse (der Parteien) im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren gegenstandslos.

In den beiden genannten Differenzen kann man einen blassen Abschein dessen sehen, was sich hinter den zwei im übrigen weitgehend gleichlautenden Gesetzestexten verbirgt, sich aber erst bei näherer Betrachtung der Materialien erschliesst. Das Verständnis des abgekürzten Verfahrens in den beiden Kantonen könnte unterschiedlicher nämlich kaum sein: Während die *procedura abbreviata* allein ein Mittel zur Verfahrensbeschleunigung sein will, liegt der baselandschaftlichen Lösung eine ganz andere Konzeption zugrunde:<sup>58</sup> diejenige einer ergebnisorientierten Aushandlung des Urteils. Das lässt sich auch an der Terminologie ablesen: In der Vorlage der Regierung an das kantonale Parlament ist alternativ und gleichbedeutend mit dem abgekürzten Verfahren von «Eini-gung über die Sanktion» die Rede.<sup>59</sup> Gegen die Bezeichnung als «plea bargain-ing» verwahrt sich zwar auch diese Lösung, doch kommt sie ihr, wenn man allein den ausgehandelten Einzelfall betrachtet, tatsächlich näher. Denn Anliegen dieser ausgehandelten Sanktionierung ist nun nicht mehr bloss eine Be-

56 § 137 ff. Gesetz betreffend die Strafprozessordnung (StPO) vom 3. Juni 1999 (SGS 251); ausführlich ROBERT BRAUN, Das abgekürzte Verfahren nach der StPO des Kantons Basel-Landschaft vor dem Hintergrund der Diskussion um informelle Absprachen im Strafprozess, AJP 2001, S. 147–154 (zit. Abgekürztes Verfahren); NIKLAUS RUCKSTUHL, Die revidierte Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999, ZStrR 2000, S. 414–433, S. 424 ff.; HANS VEST, Amerikanisierung des Schweizerischen Strafprozesses?, in: Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Festgabe zum Juristentag 2000, Zürich 2000, S. 293–307, S. 301 f.

57 § 139 Abs. 2 lit. d StPO BL (Fn. 56).

58 SCHLAURI (Fn. 54), S. 486.

59 Vgl. Vorlage (des Regierungsrates) 1998–143 vom 18. August 1998 an den Landrat, zur Revision des Gesetzes betreffend die Strafprozessordnung (StPO), B I. Ziff. 8 lit. a.

schleunigung des Verfahrens. Es verbindet sich mit ihr vielmehr die weiter gehende Hoffnung, Verfahren von grosser Komplexität *überhaupt* noch führen und zu einem Abschluss bringen zu können<sup>60</sup>, m.a.W.: Das abgekürzte Verfahren im Kanton Basel-Landschaft soll Mittel zu Umsetzung des materiellen Strafrechts sein, die ihrerseits nur noch abgekürzt erfolgen kann, weil die «vollständige» Umsetzung verfahrensmässig nicht mehr durchgehend zu bewältigen ist. Der Verkürzung des Verfahrens entspricht eine Verkürzung des materiellen Strafrechts.

### 3. Zug

Seit Anfang 2003 verfügt schliesslich auch der Kanton Zug über eine besondere Verfahrensform namens «abgekürztes Verfahren».<sup>61</sup> Es ist fast durchwegs der Regelung des Kantons Basel-Landschaft nachempfunden.<sup>62</sup> Einzig der rigorose Ausschluss jeglichen Rechtsmittels<sup>63</sup> ist auf die Lösung abgemildert, die nunmehr auch Art. 362 Abs. 5 kennzeichnet: Gegen das im abgekürzten Verfahren ergangene Urteil lässt sich – im Vergleich zur basellandschaftlichen Lösung: immerhin – vorbringen, der Anklage sei nicht zugestimmt worden oder das Urteil entspreche nicht der Anklage.<sup>64</sup>

### 4. Praktische Bedeutung der kantonalen abgekürzten Verfahren

Im Kanton Tessin war die höchste Zahl an abgekürzten Verfahren (27) im ersten Jahr des Bestehens dieser neuen Prozessform zu verzeichnen (1999), seither hat sich die Zahl bei einem Wert zwischen 10 und 20 pro Jahr eingependelt, mit zwei Ausschlägen gegen unten von je nur 5 Verfahren in den Jahren 2003 und 2005.<sup>65</sup> Offenbar werden in den allermeisten Fällen bedingte Strafen ausgesprochen, und eine spürbare Arbeitserleichterung ist mit dem abgekürzten Ver-

60 Vorlage (Fn. 59), a.a.O.

61 § 69<sup>ter</sup> ff. Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 321.1).

62 Änderung der Strafprozessordnung für den Kanton Zug, Bericht und Antrag der erweiterten Justizprüfungskommission vom 28. August 2002 (Vorlage Nr. 999.3), S. 4. Das gilt auch für die zeitliche Grenze, bis zu deren Erreichen das Gesuch um Durchführung des abgekürzten Verfahrens gestellt werden kann: § 137 Abs. 1 StPO BL (Fn. 56) sieht den Antrag «bis vor die Erhebung der Anklage» vor, § 69<sup>ter</sup> Abs. 1 StPO ZG (Fn. 61) «während der Untersuchung». Doch ist es im Kanton Zug – prinzipiell – offenbar möglich, eine bereits erhobene Anklage zwecks Einleitung des abgekürzten Verfahrens zurückzuziehen; jedenfalls führt der Rechenschaftsbericht 2007 des Obergerichts des Kantons Zug in der Statistik über die Herkunft der bei der Staatsanwaltschaft hängigen Anklageverfahren den Fall an (wenngleich mit Fallzahl Null, vgl. S. 41), dass das Strafgericht der Staatsanwaltschaft einen Fall zwecks Erledigung im abgekürzten Verfahren übermittelt, nachdem die Anklage zurückgezogen worden ist.

63 § 142 Abs. 5 StPO BL (Fn. 56), ebenso Art. 316g Abs. 5 StPO TI (Fn. 48).

64 § 69<sup>octies</sup> Abs. 5 StPO ZG (Fn. 61).

65 Zahlen gemäss schriftlicher Auskunft der Staatsanwaltschaft Tessin vom 18. März 2009, im Einzelnen: 1999 27, 2000 19, 2001 17, 2002 13, 2003 5, 2004 11, 2005 5, 2006 11, 2007 12, 2008 16.

fahren nicht verbunden, im Gegenteil führen die Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen und die Abfassung der Anklageschrift zu einem Mehraufwand.<sup>66</sup> Bei einer Zahl von 150–200 jährlich erhobenen Anklagen ergibt dies einen Wert von 5–10% der im ordentlichen Verfahren zu erledigenden Strafprozesse. Etwa im gleichen Rahmen hält sich die Bedeutung des abgekürzten Verfahrens im Kanton Basel-Landschaft, obwohl dessen Regelung keine Obergrenze der Freiheitsstrafe kennt (vorne IV.2). Hier hat sich deren jährliche Zahl, nach tieferen Anfangswerten und mit Ausnahme der Jahre 2006 (5) und 2008 (8), bei etwas über 10 eingependelt<sup>67</sup>, und wie im Kanton Tessin macht dies einen Anteil von 5–10% der im ordentlichen Verfahren zu erledigenden Strafprozesse aus. Die entlastende Wirkung des abgekürzten Verfahrens wird auf Seite der Untersuchungsbehörde als sehr gering eingestuft, hingegen als spürbar für die Staatsanwaltschaft, weil in der Regel die Vertretung an Schranken entfällt, und das urteilende Gericht.<sup>68</sup> Zudem erlaubt § 141 Abs. 2 StPO BL den Verzicht auf die Durchführung einer Parteiverhandlung, welche Möglichkeit in der Praxis auf Anklang stösst.<sup>69</sup> Im Kanton Zug schliesslich bietet sich ein ähnliches Bild: Die jährliche Zahl abgekürzter Verfahren hat sich, nach einem tieferen Wert im Anfangsjahr (4), bei 10–15 eingestellt<sup>70</sup>, und auch hier liegt deren Anteil im Vergleich zu den ordentlichen Strafprozessen im oberen einstelligen Prozentbereich. Das Scheitern des abgekürzten Verfahrens infolge verweigerter Bestätigung der Anklageschrift stellt die Ausnahme dar. 2005 hält die Spitze mit 5 Rückweisungen, seither liegt der Wert tiefer.<sup>71</sup> Das abgekürzte Verfahren ist im Kanton Zug offenbar gut akzeptiert<sup>72</sup> und garantiert (ebenfalls) weitgehende Anonymität: Nach § 69<sup>septies</sup> Abs. 2 StPO ZG kann das Gericht auf die Durchführung einer Parteiverhandlung verzichten, sofern nicht eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren beantragt ist.

Der Blick auf die Praxis in den Kantonen mit einem abgekürzten Verfahren zeigt, dass seine entlastende Wirkung aufs Ganze gesehen als gering einzustufen ist. Das gilt schon mit Blick auf die Gesamtzahl der im ordentlichen Verfahren abzuurteilenden Strafsachen, und es gilt noch um vieles mehr, wenn man die Strafbefehlsverfahren mit in die Betrachtung einbezieht. Dann ergeben sich Werte, die kaum je die Promillegrenze überschreiten. Dass sich freilich im Einzelfall, zur Hauptsache für das Gericht, eine Arbeitsentlastung ergibt, leuchtet

66 Angaben gemäss STADLER (Fn. 13), S. 12.

67 Zahlen im Einzelnen: 2000 1, 2001 3, 2002 11, 2003 13, 2004 14, 2005 13, 2006 5, 2007 11, 2008 8 (Quellen: Amtsberichte des Kantonsgerichtes an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft über die Tätigkeit in den jeweiligen Jahren).

68 BRAUN, Strafprozessuale Absprachen (Fn. 18), S. 53; STADLER (Fn. 13), S. 13.

69 BRAUN, Strafprozessuale Absprachen (Fn. 18), a.a.O.

70 Zahlen im Einzelnen: 2003 4, 2004 9, 2005 9, 2006 15, 2007 16 (Quellen: Obergericht des Kantons Zug, jährliche Rechenschaftsberichte).

71 2006 2, 2007 keine Rückweisung (Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Zug 2007, S. 42).

72 STADLER (Fn. 13), S. 13.

unmittelbar ein: Bereits das Geständnis als solches entfaltet eine erheblich verfahrensbeschleunigende und entlastende Wirkung<sup>73</sup>, die sich nochmals verstärkt, wenn auch die Verteidigung bereits vor dem Gerichtsverfahren in dessen Ausgang eingebunden wird.<sup>74</sup> Als Fazit wird man festhalten können, dass die kantonalen Varianten des abgekürzten Verfahrens nur mit geringfügigen Entlastungen verbunden sind, die sich zudem nicht gleichmässig auf die verschiedenen Akteure der Strafrechtspflege verteilen, bei ihren Nutzniessern infolge allgemeiner Überlastung aber dennoch willkommen sind. Diese Erfahrungen gilt es für die Bewertung des schweizerischen abgekürzten Verfahrens im Auge zu behalten.

## V. Verhältnis zu den Prozessgrundsätzen

Bestandteil einer fundierten Würdigung des abgekürzten Verfahrens muss die Einschätzung seines Verhältnisses zu den Prozessgrundsätzen<sup>75</sup> sein. Es ist die Feststellung, auch wenn sie noch immer zutrifft, mittlerweile fast platt geworden, dass es kaum einen solchen Grundsatz gibt, an den das abgekürzte Verfahren *nicht* rührt; fast jede für das ordentliche Strafverfahren fest verankerte Verfahrensmaxime sieht sich im abgekürzten Verfahren erheblichen Anfechtungen ausgesetzt.<sup>76</sup> Für sich allein besagt dieser Befund freilich noch nicht viel: Kaum einer der Prozessgrundsätze lässt sich ungeschmälert verwirklichen, besser: soll ungeschmälert verwirklicht sein, weil solche Verwirklichung unweigerlich zu Defiziten in denjenigen Bereichen führt, deren Berücksichtigung der entsprechende Grundsatz übergeht.<sup>77</sup> Vielmehr geht es stets darum, sie (je für bestimmte Fallgruppen) in ein gegenseitiges Verhältnis praktischer Konkordanz zu bringen und so dafür zu sorgen, dass die konfligierenden Interessen der Prozessbeteiligten und der Allgemeinheit zu einem Ausgleich kommen. Das gilt auch für das abgekürzte Verfahren und seine Beteiligten. Doch was sich im ordentlichen Verfahren als ein Abwägen der hinter den einzelnen Grundsätzen steckenden Wertgesichtspunkte ausnimmt, wird im abgekürzten Verfahren zu deren Übergehen, weil sein Hauptziel, die Verfahrensbeschleunigung, alle an-

73 Vgl. nur HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 38), § 61 N 4; GUNTHER ARZT, Geständnisbereitschaft und Strafrechtssystem, in: Jean Gauthier et al. (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, FS zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, ZStrR 110 (1992), S. 233–248, S. 236 (zit. Geständnisbereitschaft).

74 SCHLAURI (Fn. 54), S. 490; WINFRIED HASSEMER, Konsens im Strafprozess, in: Regina Michalke/Wolfgang Körberer/Jürgen Pauly/Stefan Kirsch, FS für Rainer Hamm, Berlin 2008, S. 171–189, S. 182.

75 Zu ihnen allgemein HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 38), §§ 47 ff.

76 Vgl. nur DONATSCH, Vereinbarungen (Fn. 7), S. 167 ff.; EMANUEL JAGGI, Die prototypische Absprache, Diss. Bern 2006, S. 12; OBERHOLZER, Informelle Absprachen (Fn. 7), S. 14 ff.; DERS., Entlastungsstrategie (Fn. 7), S. 163 ff.; WIESER (Fn. 17), S. 18.

77 Vgl. DETLEF KRAUSS, Zur Funktion von Prozessdogmatik, in: Heike Jung/Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Dogmatik des Strafverfahrens, Köln etc. 1989, S. 1–14, S. 2.



dem prozessualen Wertentscheidungen in den Hintergrund rückt. Das wird schnell deutlich, wenn man sich die Prozessgrundsätze, die vom abgekürzten Verfahren tangiert sind, vor Augen führt, selbst wenn dies nachfolgend nur sehr gedrängt geschieht.

Richtet man sich, soweit möglich, am typischen Ablauf eines Verfahrens aus, so steht am Anfang das Legalitätsprinzip, das vom abgekürzten Verfahren noch am geringsten berührt wird. Nach Art. 7 Abs. 1 sind die Strafbehörden verpflichtet, ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden; das kann auch ein abgekürztes Verfahren sein, insofern ist das Legalitätsprinzip nicht tangiert. Das Gesetz sieht zudem Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vor und erlaubt den Verzicht auf (weitere) Strafverfolgung bei Geringfügigkeit, bei Wiedergutmachung oder bei schwerer Betroffenheit des Täters (Art. 8 Abs. 1 mit Verweis auf Art. 52–54 StGB) oder in den Fällen von Art. 8 Abs. 2; das abgekürzte Verfahren taucht nicht auf als eine dieser Ausnahme vom Verfolgungszwang. Die Einschätzung, das Legalitätsprinzip werde vom abgekürzten Verfahren (dennoch) berührt, hat ihren Grund darin, dass die übereinstimmende Willensäußerung der Parteien an die Stelle des Gesetzes trete.<sup>78</sup> Doch ist die staatsanwaltliche Willensäußerung ihrerseits an bestimmte gesetzliche Voraussetzungen gebunden, so dass bei deren Einhaltung das Legalitätsprinzip mittelbar doch beachtet ist.<sup>79</sup> Der Verdacht, das Legalitätsprinzip werde durch das abgekürzte Verfahren geritzt<sup>80</sup>, erhält Nahrung natürlich durch die Vermutung, dass – eben *entgegen* dem Legalitätsprinzip – zur Erzielung einer Einigung strafrechtlich relevante Sachverhalte unter den Tisch fallen, denen an sich nachzugehen wäre. Diese nicht ganz unplausible Spekulation gründet ihrerseits auf der Vermutung, dass ein abgekürztes Verfahren seine Funktion – Verfahrensverkürzung und Aufwandvermeidung – nur erfüllen kann, wenn die Staatsanwaltschaft über einzelne tatverdachtsbegründende Umstände hinwegsieht (dazu hinten C.I.2).

Klarer tangiert ist der die Hauptverhandlung beherrschende Grundsatz der (Publikums-)Öffentlichkeit (Art. 69 Abs. 1; Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Formal ist zwar auch er gewahrt: Die Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Gerichts im abgekürzten Verfahren ist öffentlich (Art. 361 Abs. 1).<sup>81</sup> Aber der Sache nach ist die Öffentlichkeit entkernt. Im Normalverfahren soll sie dem Angeschuldigten und den anderen Prozessbeteiligten eine korrekte und gesetzmässige Behandlung gewährleisten und dem Publikum zeigen, wie Strafverfahren vonstatten gehen und wie die Strafrechtspflege funktioniert. Nach bun-

78 OBERHOLZER, Entlastungsstrategie (Fn. 7), S. 163.

79 Zurückhaltend auch DONATSCH, Vereinbarungen (Fn. 7), S. 168; BRAUN, Strafprozessuale Absprachen (Fn. 18), S. 184.

80 So auch Botschaft (Fn. 2), S. 1294; KUNZ (Fn. 9), S. 385.

81 Botschaft (Fn. 2), S. 1296; STADLER (Fn. 34), S. 355.

desgerichtlicher Auffassung sorgt der Grundsatz der Öffentlichkeit derweise «für Transparenz in der Rechtspflege, die eine demokratische Kontrolle durch das Volk erst ermöglicht und als wesentliches Element des Rechts auf ein faires Verfahren zu den Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates gehört»<sup>82</sup>. Soweit in diesem Kontext überhaupt von einer Kontrolle die Rede sein kann<sup>83</sup>, ist sie im abgekürzten Verfahren jedenfalls bis zur Unkenntlichkeit verkürzt.<sup>84</sup> Denn gerichtlich geprüft wird, ob die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren erfüllt sind (Art. 362 Abs. 2), aber nicht, unter welchen Bedingungen sich der Angeklagte auf das Verfahren eingelassen und welche Absprachen zwischen ihm und der Staatsanwaltschaft stattgefunden haben. Die für das Urteil ausschlaggebenden Elemente bleiben der Öffentlichkeit somit verborgen.<sup>85</sup>

Noch schlechter ergeht es dem Grundsatz der Unmittelbarkeit.<sup>86</sup> Er vermag bereits im Normalverfahren nur noch eingeschränkte Geltung zu beanspruchen: Das Gericht stützt sich auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise, ausser es handle sich um neue oder unvollständig oder nicht ordnungsgemäss erhobene (Art. 343 Abs. 1 und 2); unabhängig davon sind Beweise nochmals zu erheben, wenn deren unmittelbare Kenntnis «für die Urteilsfällung notwendig» erscheint (Art. 343 Abs. 3). Im abgekürzten Verfahren gelten selbst diese Ausnahmen von der Mittelbarkeit nicht mehr, denn ein Beweisverfahren findet gar nicht statt (Art. 361 Abs. 4). Auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung<sup>87</sup> verliert seinen Anwendungsbereich: Wenn Anklage und Angeklagter bzw. dessen Verteidigung sich auf einen bestimmten Sachverhalt, dessen rechtliche Würdigung und die Sanktionen geeinigt haben, wird Beweiswürdigung durch das Gericht überflüssig.

Der Untersuchungsgrundsatz hält die Strafbehörden an, sämtliche Tatsachen abzuklären, die zur Beurteilung von Tat und beschuldigter Person rechtlich bedeutsam sind (Art. 6 Abs. 1); ein Geständnis haben sie auf seine Glaubwürdigkeit hin zu überprüfen (Art. 160). Die Bestimmungen über das abgekürzte Verfahren entheben sie dieser Pflichten nicht (explizit).<sup>88</sup> Doch ist offensichtlich, dass materielle Wahrheit weniger wichtig wird, wo der Angeklagte ein Geständnis abgelegt und die Staatsanwaltschaft dieses akzeptiert hat.<sup>89</sup> In deren Befugnis, begründungsfrei über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens zu entscheiden, liegt eine Einbruchstelle für abgesprochene Wahrheit. Daran

82 BGE 124 IV 234, 238 E. 3b; 133 I 106, 107 E. 8.1.

83 Näher FELIX BOMMER, Öffentlichkeit der Hauptverhandlung zwischen Individualgrundrecht und rechtsstaatlich-demokratischem Strukturprinzip, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), FS für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 671–690, S. 675 ff.

84 Ähnlich DONATSCH, Vereinbarungen (Fn. 7), S. 172; WIESER (Fn. 17), S. 18.

85 Anders BRAUN, Strafprozessuale Absprachen (Fn. 18), S. 182.

86 OBERHOLZER, Informelle Absprachen (Fn. 7), S. 14.

87 Näher HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 38), § 54 N 1 ff.

88 Ebenso SCHLAURI (Fn. 54), S. 489.

89 I. E. ebenso Botschaft (Fn. 2), S. 1294, 1296.



ändert die Pflicht des Gerichts, im Bestätigungsverfahren festzustellen, ob die beschuldigte Person den rechtlich bedeutsamen Sachverhalt anerkennt, nichts, weil ihr Gegenstand nur derjenige Sachverhalt bildet, «welcher der Anklage zu Grunde liegt», und dieser seinerseits Ergebnis des von der Staatsanwaltschaft akzeptierten Geständnisses darstellt.

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit, nicht nur auf Verfassungsstufe verankert (Art. 8 BV), sondern in der neuen Prozessordnung ausdrücklich auf die Strafrechtspflege gemünzt (Art. 3 Abs. 2 lit. c), verlangt auf der Stufe der Rechtsanwendung<sup>90</sup> nach gleicher Behandlung aller Verfahrensbeteiligten. Für das abgekürzte Verfahren sind damit zwei grundlegende Fragen verknüpft: Zum einen ist denkbar, dass bei mehreren Tatbeteiligten einzelne ein Geständnis ablegen sowie die Zivilansprüche anerkennen und andere nicht. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit würde an sich verlangen, dass in dieser Situation auch die geständigen Beschuldigten im Normalverfahren abgeurteilt werden, wie Art. 29 Abs. 1 lit. b dies vorsieht. Doch erlaubt Art. 30 eine Trennung der Verfahren (und damit wohl auch unterschiedliche Verfahrenstypen) aus sachlichen Gründen. Darüberhinaus stellt sich die Frage, ob es unter Rechtsgleichheitsgesichtspunkten zulässig sein kann, die Beteiligten in verschiedenen Verfahren abzuurteilen<sup>91</sup>, und zudem ist verschiedentlich darauf hingewiesen worden, dass sich derweise eine verkappte Kronzeugenregelung praktizieren lasse<sup>92</sup>, auf deren Fixierung der Gesetzgeber gerade verzichtet hat.<sup>93</sup> Zum an-

90 Das abgekürzte Verfahren hat den Anforderungen der Rechtsgleichheit auch unter dem Gesichtspunkt der *Rechtsetzung* standzuhalten. Ob und in welchem Ausmass es dies tut, kann hier nicht umfassend untersucht werden, zwei kurze Bemerkungen müssen genügen: Das Gebot rechtsgleicher Behandlung im Bereich der Rechtsetzung gilt als verletzt, wenn «ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen» (BGE 134 I 23, 42 E. 9.1); dabei belässt das Bundesgericht dem Gesetzgeber grossen Gestaltungsspielraum (BGE a.a.O., 43 E. 9.1). Der Grundgedanke des abgekürzten Verfahrens, dass bei eingestandenem Sachverhalt und anerkannten Zivilansprüchen, mithin bei nicht-streitigem Verfahrensgegenstand, der Verfahrensaufwand tiefer gehalten werden kann, dürfte wohl, als Ergebnis einer vorläufigen Prüfung, einen Grund für eine unterschiedliche Regelung darstellen, die in den tatsächlichen Verhältnissen eine Verankerung findet. Und der Umstand, dass eine der Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren die Anerkennung der Zivilansprüche (mindestens im Grundsatz) bildet, stellt keine unzulässige Schlechterstellung desjenigen dar, der nicht über die zur Schadensdeckung nötigen Mittel verfügt: Die Anerkennung steht auch ihm offen (a.M. offenbar JO-SITSCH/BISCHOFF [Fn. 37], S. 436; WIESER [Fn. 17], S. 21 f.). Selbst wenn dem anders wäre: Wer hier die Rechtsgleichheit verletzt sieht, hat sich zu fragen, ob das nicht auch dort gelten müsste, wo an die Wiedergutmachung, die ebenfalls finanzielle Leistungsfähigkeit voraussetzt, Verfahrenseinstellung, Anklageverzicht oder Absehen von Strafe geknüpft sind (Art. 53 StGB).

91 Das Argument geringeren Arbeitsaufwandes dürfte in diesem Fall nicht sehr zukünftig sein, wenn für die bestreitenden Beschuldigten ohnehin ein ordentlicher Prozess durchgeführt werden muss (WIESER [Fn. 17], S. 21).

92 Wenn der eine Beschuldigte das abgekürzte Verfahren beantragt und es nach abgelegtem Geständnis und Anerkennung der Zivilansprüche durchgeführt wird, ist denkbar, dass die Staatsanwaltschaft ihn in dem konnexen ordentlichen Verfahren gegen den (oder die) Mitbeschuldige-

dem taucht unter dem Titel der Rechtsgleichheit ein Gesichtspunkt auf, der noch vermehrt mit Blick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (dazu sogleich) Grund für eine kritische Einschätzung des abgekürzten Verfahrens abgibt: Die Frage, ob es mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar ist, wenn der geständige Beschuldigte ungeachtet seiner Motive für das Geständnis auf eine mildere Strafe im abgekürzten Verfahren hoffen kann als er sie, wenn nicht geständig, im ordentlichen Verfahren zu erwarten hätte.

Die Unschuldsvermutung ist ebenfalls im Spiel.<sup>94</sup> Sie zwingt im Normalverfahren dazu, die beschuldigte Person als unschuldig zu behandeln. Dieser Vorbehalt der erst vorläufigen Rollenfixierung existiert im abgekürzten Verfahren nicht. An dessen Ende steht nie ein Freispruch, sondern stets ein schuldig sprechendes Urteil samt Sanktionen und Zivilansprüchen oder eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft. Die richterliche Feststellung, dass die beschuldigte Person die angeklagte Tat nicht begangen habe, ist kein denkbarer Ausmündungspunkt des Verfahrensprogramms. Im Antrag des Angeklagten an die Staatsanwaltschaft, den Weg des abgekürzten Verfahrens einzuschlagen, liegt somit ein Verzicht auf die Unschuldsvermutung in dem Sinne, als damit der Verfahrensausgang «Freispruch» versperrt wird.<sup>95</sup> Ein abgekürztes Verfahren lässt sich überhaupt nur führen in der allseitigen Übereinstimmung, dass die beschuldigte Person die eingestandene Tat tatsächlich begangen hat; vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung ist es sinnlos. An die Stelle der Unschulds tritt somit eine Schuldvermutung, und das abgekürzte Verfahren wäre treffender als ein «Strafverfahren» ein «*Bestrafungsverfahren*» zu nennen.

Schliesslich wird auch der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit in Mitleidenschaft gezogen (Art. 113 Abs. 1). Ihm zufolge hat die beschuldigte Person weder auszusagen noch sich selber (anderweitig) zu belasten; sie ist nicht gehalten, aktiv an ihrer eigenen Überführung mitzuwirken. Versprechungen stellen ein unerlaubtes Mittel der Beweiserhebung dar (Art. 140 Abs. 1). Die gesetzliche Regelung des abgekürzten Verfahrens sieht keine Versprechungen seitens der Staatsanwaltschaft vor, doch ist kaum denkbar, dass es ohne sie auskommt. Die «informellen Verhandlungen», die einem Geständnis und der Anerkennung der Zivilansprüche vorangehen und die das Gesetz nicht regelt<sup>96</sup>, sind nichts anderes als ein Austausch gegenseitiger Versprechungen; ohne sie ist die Verfahrensverkürzung, so sie denn eintritt, nicht zu haben. Unbesehen der Zulässigkeit solcher Versprechungen haben sie eine mittelbare Wirkung,

---

ten als Zeugen anruft, der gegen seinen ehemaligen Mittäter aussagt, vgl. RUCKSTUHL (Fn. 56), S. 426; WIESER (Fn. 17), S. 21.

93 Vgl. Botschaft (Fn. 2), S. 1087, 1112 f., 1124.

94 WIESER (Fn. 17), S. 19 f.

95 Was trotz Geständnis im Normalverfahren nicht der Fall ist: Das Geständnis muss vom Gericht auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden (Art. 160), was die Möglichkeit eines Freispruchs offen hält.

96 Vgl. Botschaft (Fn. 2), S. 1295.

die über den Einzelfall hinausgeht: Sollte eintreten, dass die im abgekürzten Verfahren ausgesprochenen Strafen erheblich unter denjenigen liegen, die als Ergebnis des ordentlichen Verfahrens zu erwarten sind<sup>97</sup>, ist die Freiheit der beschuldigten Person eingeschränkt, sich für oder gegen das abgekürzte Verfahren auszusprechen, und damit auch ihre Aussagefreiheit. Es ist schwer zu sehen, wie dieser Geständnisdruck mit der Regel zu vereinbaren sein könnte, dass unkooperatives Prozessverhalten, insbesondere Schweigen, ihr nicht zum Nachteil gereichen darf.<sup>98</sup>

Zum Schluss dieses Schnelldurchgangs durch die Prozessmaximen ist auf das Beschleunigungsgebot hinzuweisen, dessen Beachtung das Gesetz allgemein vorschreibt (Art. 5). Es steht, dem Ziel des abgekürzten Verfahrens nach zu schliessen, auf der Siegerseite. Freilich ist die Verwirklichung des Zieles im Prozessalltag ungewiss: Die verfahrensökonomischen Gesamtvorteile von abgesprochenen Verfahren sind ungeklärt<sup>99</sup>, und selbst wenn sie existieren, bleibt zu beachten, dass das abgekürzte Verfahren *der Staatsanwaltschaft*, die letztlich über dessen Anwendung allein entscheidet, nicht nur geringeren, sondern je nach Sachlage auch erhöhten Aufwand verursachen kann, so dass für sie die Begehung dieses Verfahrensweges unter Umständen gar nicht attraktiv ist.<sup>100</sup>

## VI. Begründung des abgekürzten Verfahrens

Die bisherige Darstellung hat deutlich werden lassen, dass die Kollisionspotentiale abgesprochener Verfahren und Urteile, selbst wenn gesetzlich vorgesehen, mit den das Normalverfahren tragenden Gerechtigkeitsgehalten erheblich sind. Wer angesichts dieser umfassenden Tangierung der Prozessgrundsätze durch das abgekürzte Verfahren eine umfassende Begründung für dessen Einführung erwartet, sieht sich getäuscht. Zunächst findet sich dazu in der Botschaft der Hinweis auf die drei Kantone (Tessin, Basel-Landschaft, Zug), die ein abgekürztes Verfahren bereits kennen, verbunden mit der Bemerkung, ausser im Fall des Kantons Tessin seien die Erfahrungen «eher positiv»;<sup>101</sup> eine systematische Auswertung der Erfahrungen der kantonalen Vorbilder ist offenbar nicht erfolgt. In der Sache stützt sich die Einführung des abgekürzten Verfahrens auf *ein* Argument: Informelle Absprachen zwischen der Untersuchungsbehörde und der beschuldigten Person kämen auch in Kantonen vor, die sie nicht vorsehen, «(n)amentlich im Bereich der Wirtschaftskriminalität mit komplizierten Sachverhalten, umfangreichem Beweismaterial und mitunter unklarer Rechts-

97 Wie in der US-amerikanischen Strafverfahrenswirklichkeit, vgl. hinten Fn. 406.

98 Vgl. OBERHOLZER, Informelle Absprachen (Fn. 7), S. 14 f.

99 PETER MÜLLER, Effektivität und Effizienz in der Strafverfolgung, ZStrR 1998, S. 273–290, S. 286; ANDREAS BRUNNER, Ist das Basler «plea bargaining»-Modell sinnvoll?, plädoyer 3/1997, S. 27.

100 Näher WIESER (Fn. 17), S. 25.

101 Botschaft (Fn. 2), S. 1295.

lage».<sup>102</sup> Die steigende Belastung der Strafverfolgungsbehörden lasse zudem eine verstärkte Bereitschaft zur Absprache vermuten, so dass es «ehrlicher» sei, ihnen zu einer gesetzlichen Grundlage zu verhelfen und sie derweise ins helle Licht des Gesetzes zu rücken, statt sie weiterhin im Graubereich des Halblegalen zu belassen.<sup>103</sup>

Bemerkenswert an dieser Argumentation ist nicht so sehr die Folgerung, die sie aus dem Befund zieht, als der Befund selber, auf den sie sich stützt. Es findet sich nämlich keinerlei empirische Untersuchung zu der Frage, in welcher Zahl und Gestalt Absprachen vor schweizerischen Gerichten vorkommen. Ihr Ausmass liegt im Dunkeln, selbst erfahrungsgestützte Schätzungen existieren nicht.<sup>104</sup> Das alles bedeutet freilich ebensowenig, dass sie überhaupt nicht stattfänden: Die gegenteilige Überzeugung ist im Schrifttum fest verankert.<sup>105</sup> Doch gründen entsprechende Äusserungen hauptsächlich in persönlichen Erfahrungen ihrer Urheber und bleiben damit über weite Strecken spekulativ<sup>106</sup>, wenngleich mittlerweile auch die höchstrichterliche Praxis Belege für das Vorkommen von Absprachen liefert.<sup>107</sup>

102 Botschaft (Fn. 2), a.a.O.

103 Botschaft (Fn. 2), a.a.O.

104 FELIX BOMMER, Die Beschleunigung des Strafverfahrens. Landesbericht Schweiz, in: J. Czapska, (Hrsg.), Beschleunigung des Strafverfahrens im internationalen Vergleich, Archivum Iuridicum Cracoviense XXXVII–XXXVIII, Krakau 2006, S.125–177, S. 166 (zit. Beschleunigung). – Für Deutschland gehen empirische Erhebungen von einem Anteil von 20–30% der Fälle aus, in denen verfahrenserledigende Absprachen vorkommen, vgl. die Hinweise bei OBERHOLZER, Informelle Absprachen (Fn. 7), S. 8.

105 Begleitbericht (Fn. 5), S. 232; BRAUN, Abgekürztes Verfahren (Fn. 56), S. 149 («manchenorts durchaus zum Strafprozessalltag» gehörend); HAUSHERR (Fn. 7), S. 309; JAGGI (Fn. 76), S. 7; MORSCHER (Fn. 4), S. 182 f.; PETER MEIER, Vorschläge zur Justizreform im Kanton Basel-Landschaft, BJM 1998, S. 57–90, S. 88 f.; KARIN SAUTER, Kronzeugen im schweizerischen Strafverfahrensrecht?, ZStrR 2001, S. 282–305, S. 288; Hinweise auf die Praxis im Kanton Genf bei GÉRARD PIQUEREZ, Procédure pénale suisse, 2. Aufl., Zürich 2007, N 809 (zit. Procédure).

Beispiel: Herabstufung des Vorwurfs der Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB) zu Entziehen von Unmündigen (Art. 220 StGB), vgl. ANDRÉ KUHN, Le «plea bargaining» américain est-il propre à inspirer le législateur suisse?, ZStrR 1998, S. 73–94, S. 91 f.; weiteres Beispiel aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts bei GÜNTHER KAISER, Funktionswandel der Öffentlichkeit und Strafrecht, in: Andreas Donatsch/Niklaus Schmid (Hrsg.), Strafrecht und Öffentlichkeit, FS für Jörg Rehberg, Zürich 1996, S. 171–187, S. 176 (Steuerbetrug). Aus einem Urteil des Kriminalgerichts Luzern vom 28. Juni 2002 (betr. betrügerischen Konkurs und Urkundenfälschung) geht hervor (E. 3), dass die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten angeboten hatte, in einem andern gegen ihn geführten und vor Obergericht hängigen Appellationsverfahren keine separate Zusatzstrafe zum erstinstanzlichen Urteil zu beantragen, wenn er sein Einverständnis dafür erteile, dass das Obergericht nebst dem Entscheid über das Rechtsmittel gleich auch den Vorwurf des betrügerischen Konkurses und der Urkundenfälschung beurteile (welche Möglichkeit § 11 Abs. 2 StPO Luzern vorsieht).

106 So mit Recht OBERHOLZER, Informelle Absprachen (Fn. 7), S. 9.

107 Es ist noch nicht lange her, dass sich das Bundesgericht erstmals mit einer Absprache zu beschäftigen hatte, allerdings nur am Rande (BGer, 22. I. 2004, 6S.186/2003, dazu MARC FORSTER, Grenzen der Zulässigkeit von Prozessvereinbarungen im Strafverfahren, ZBJV 2004, S. 288–291): Der Referent eines kantonalen Obergerichts hatte den fünf (u.a. wegen Geisel-

Zwei Eigenheiten der kantonalen Prozessgesetze dürften bislang dafür gesorgt haben, dass sich das Bedürfnis nach verfahrensverkürzenden Absprachen in Grenzen gehalten hatte: Zum einen fehlte dem schweizerischen Strafrecht (und damit auch den kantonalen Strafverfahrensordnungen) bis zum Inkrafttreten des neuen Sanktionenrechts per Anfang 2007 eine Bestimmung von der Art, wonach ein Verfahren gegen Auflagen oder Weisungen vorläufig einzustellen (analog § 153a dStPO) oder infolge Reparation auf eine Bestrafung zu verzichten sei. Mit der Aufnahme der Wiedergutmachung in das neue Strafgesetz (Art. 53 StGB) hat sich diese Situation geändert. Sie bildet Grund für Einstellung, Anklageverzicht oder Strafbefreiung (Art. 319 Abs. 1 lit. e), und Voraussetzung all dieser Verfahrensausgänge ist eine Absprache zwischen den Beteiligten über die konkrete Gestalt und Leistung der Wiedergutmachung sowie ihre Folgen. Insofern ist es plausibel, dass in der schweizerischen Prozessrechtswirklichkeit in Zukunft vermehrt Absprachen vorkommen. Ironischerweise ist zur Offizialisierung solcher Absprachen über Wiedergutmachung das abgekürzte Verfahren kaum notwendig: Als Alternative zum ordentlichen Verfahren mit Anklageerhebung<sup>108</sup> scheidet es aus, wenn die Staatsanwaltschaft selber auf die Erhebung der Anklage verzichten oder bereits im Laufe der Voruntersuchung von weiterer Strafverfolgung absehen will. Und nur in einem kleinen Ausschnitt von Fällen ist überhaupt denkbar, dass (erst) das Gericht *im abgekürzten Verfahren* nach erfolgter Wiedergutmachung von einer Bestrafung Umgang nimmt:<sup>109</sup> Zum abgekürzten Verfahren kommt es nur auf Entscheid der Staatsanwaltschaft (Art. 359 Abs. 1). Hält diese die Voraussetzungen der Wiedergutmachung für gegeben, wird sie schon gar keine Anklage erheben, auch nicht im abgekürzten Verfahren. Hat die Staatsanwaltschaft hingegen das abgekürzte Verfahren eingeleitet und fehlt es zugleich an einer Reparationsleistung, wird sie in der Anklageschrift, die zum Urteil werden soll, darauf keinen Bezug nehmen. Einzig wenn in der Hauptverhandlung die beschuldigte Person Wiedergutmachung leistet und es um eine Strafe geht, die den bedingten Vollzug noch zulässt (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und

---

nahme) Angeklagten im Laufe des Berufungsverfahrens schriftlich ein Strafmass in Aussicht gestellt, das den bedingten Strafvollzug noch zulässt, «soweit dies mit den Strafzumessungsregeln vereinbar ist». Bedingung dafür war, dass sie sich mit dem Opfer über die Zivilforderung einigten und diese beglichen, ihren Tatbeitrag zur Entführung und Geiselnahme anerkannten und dass das Opfer sein Desinteresse am Strafprozess erklärte. All diese Teilbedingungen wurden erfüllt und die Angeklagten mit bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafen von 16 bzw. 18 Monaten bestraft. Dabei lag keine unzulässige Zusicherung eines bestimmten Strafmasses vor, vielmehr führte die Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides zum (bundesgerichtlich bestätigten) Wegfall einzelner Tatbestände sowie zur Anerkennung verschiedener Strafmilderungsgründe, woraus sich die Möglichkeit eines Strafmasses unter Gewährung des bedingten Vollzugs ergab. Vgl. zudem BGer, 16.2.2005, 6S.300/2004.

108 Vorne III.

109 Bei Erbringung der Wiedergutmachungsleistung im Verfahrensstadium der Hauptverhandlung ist keine Einstellung mehr möglich, sondern nur noch ein Schuldspruch mit Strafverzicht, vgl. BGE 135 IV 27.



zwei Jahren, Art. 42 Abs. 1 StGB), wird vorstellbar, dass das Gericht in Anwendung von Art. 53 StGB von Strafe befreien würde, und auch dies nur, sofern man entgegen Art. 362 von der Zulässigkeit richterlicher Sanktionskorrektur im abgekürzten Verfahren ausgeht (vorne II.3.).

Zum andern hängt die (im Vergleich etwa zum deutschen Recht<sup>110</sup>) geringere Bedeutung von Absprachen im schweizerischen Prozessrecht mit der zu meist gering entwickelten Unmittelbarkeit im Hauptverfahren<sup>111</sup> sowie der Regelung des Beweisantragsrechts zusammen: Überwiegend wurde nach den kantonalen Verfahrensordnungen nicht der gesamte Prozessstoff (erneut) konstituiert; vielmehr beschränkte sich das Verfahren auf die Hauptgesichtspunkte und/oder die vom Beschuldigten bestrittenen Tatsachen und stellte im Übrigen auf die Vorakten ab.<sup>112</sup> Daran ändert sich mit der schweizerischen Strafprozessordnung nichts Wesentliches, erhebt doch das Gericht nur diejenigen Beweise nochmals, deren unmittelbare Kenntnis «für die Urteilsfällung notwendig» erscheint (Art. 343 Abs. 3), oder die neu oder in der Voruntersuchung unvollständig oder nicht ordnungsgemäss erhoben worden sind (Art. 343 Abs. 1 und 2). Soweit eine vom erkennenden Gericht zu verantwortende Rekonstruktion stattfindet, wird deren zügige Abwicklung durch die in erheblichem Ausmass zulässige Ablehnung von Beweisanträgen gesichert (Art. 139 Abs. 2). Auch dieses System mit weitgehend mittelbarer Hauptverhandlung und meist ohne langwierige Beweisaufnahmen lässt das Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung von Absprachen<sup>113</sup> nicht als überaus drängend erscheinen, im Unterschied zu einer Ordnung, welche die unmittelbare Hauptverhandlung zum Ort und Inbegriff der Tatrekonstruktion macht und den Beschuldigten bzw. seine Verteidigung mit weitgehend bestandesfesten Beweisantragsrechten versieht<sup>114</sup>, wie sie

110 Die Diskussion um die Absprachen im deutschen Strafprozessrecht ist mittlerweile unübersehbar geworden und wogt gegenwärtig wieder heftig, vgl. nur JUDITH HAUER, *Geständnis und Absprache*, Berlin 2007; MICHAEL HETTINGER, *Von der Gleichheit vor dem Gesetz zur Ungleichheit vor Gericht?*, in: Heike Jung/Bernd Luxenburger/Eberhard Wahle (Hrsg.), *FS für Egon Müller*, Baden-Baden 2008, S. 261–282; LIE LIEN, *Analytische Untersuchung der Ursachen des andauernden Streits um Absprachen*, GA 2006, S. 129–147; FRANK MEYER, *Zurück zur gesetzlichen Beweistheorie?*, ZStW 2007, S. 633–663; MARTIN MÜLLER, *Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, Köln/Berlin/München 2008; EDDA WESSLAU, *Strategische Planspiele oder konzeptionelle Neuausrichtung?*, in: Heike Jung/Bernd Luxenburger/Eberhard Wahle (Hrsg.), *FS für Egon Müller*, Baden-Baden 2008, S. 779–795; DIES., *Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?*, Baden-Baden 2002.

111 OBERHOLZER, *Entlastungsstrategie* (Fn. 7), S. 158; WERNER SCHMIDT-HIEBER, *Das Bedürfnis nach Absprachen zwischen Verfahrensbeteiligten*, ZStrR 111 (1993), S. 147–156, S. 147.

112 KRAUSS, *recht* 1987 (Fn. 24), S. 44 f.

113 *Die das Gesetz gar nicht leistet, weil es sie nicht als seine Sache ansieht* (Botschaft [Fn. 2], S. 1295).

114 SABINE GLESS, *Konsensuale Verfahrenserledigung in grösseren Wirtschaftsstrafverfahren – Chancen und Risiken*, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis*, Zürich 2008, S. 115–138, S. 122; VEST (Fn. 56), S. 299.

etwa aus Deutschland oder aus den USA bekannt sind, deren plea bargaining-System nunmehr näher nachzugehen ist.

## **B. Das Plea Bargaining-System in den Vereinigten Staaten von Amerika**

Seit die nunmehr «abgekürztes Verfahren» genannte Sonderform des abgesprochenen Verfahrensergebnisses zum Gegenstand der Diskussion geworden ist, geht mit ihr regelmässig – ob ablehnend oder unterstützend – der Hinweis auf das hauptsächlich in den Vereinigten Staaten von Amerika verbreitete plea bargaining einher.<sup>115</sup> Es scheint, dass sich Kontinentaleuropa<sup>116</sup> und mit der üblichen Verspätung auch die Schweiz daran gemacht haben, diese Form der Verfahrenserledigung in ihre Strafjustizsysteme zu integrieren. Freilich lässt sich die Bedeutung (verfahrens-)rechtlicher Institute nie allein aus ihnen selbst erschliessen. Vielmehr ist dazu der gesamte Kontext einzubeziehen, innerhalb dessen sie auftreten. Erst vor diesem Hintergrund tritt ihre Bedeutung in einem bestimmten Prozesssystem und dessen Ensemble aller Gründe der Verfahrensbeendigung hervor. Das bedingt zweierlei: Zum einen erscheint eine kurze Skizze von Aufbau und Organisation des amerikanischen Strafjustizsystems unabdingbar (hinten I.). Zwar ist dieses schweizerischem Verständnis im Ausgangspunkt noch recht gut zugänglich, in der Ausgestaltung infolge der Doppelung und Überlagerung von gliedstaatlichem und Bundesstraf- und -strafprozessrecht jedoch komplizierter. Dieser institutionelle Hintergrund wird anschliessend durch die Darstellung des Verfahrensgangs einer Strafsache, mithin den Ablauf eines Strafverfahrens, in den Einzelfall hinein verlängert (hinten II.). Zum andern bleibt die Beschreibung der verfahrensrechtlichen Institute und Instrumente für sich genommen leere Hülse, die noch keine Aussagen darüber zu treffen vermag, welche Bedeutung ihnen im Alltag erzwungener Strafrechtsdurchsetzung zukommt. Dies hängt vielmehr entscheidend von Form und Gestalt des materiellen Strafrechts ab, dessen Verwirklichung sie zum Ziel haben. Mit andern Worten: Plea bargaining lässt sich nicht lösgelöst vom materiellen Recht betrachten, des-

115 Vgl. nur Begleitbericht (Fn. 5), S. 231; ANDREAS DONATSCH, Das schweizerische Strafprozessrecht, SJZ 2004, S. 321–328, S. 327; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 38), § 49 N 9; HAUSER (Fn. 7), S. 308 f.; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 37), S. 430; MEIER (Fn. 105), S. 88; GÉRARD PIQUEREZ, Les nouveautés du code de procédure pénale suisse (CCP), RJJ 2007, S. 93–121, S. 112; DERS., Traité de procédure pénale suisse, Zürich 2006, S. 81; RUCKSTUHL (Fn. 56), S. 414; SCHLAURI (Fn. 54), S. 479; SCHMID, Plea bargaining (Fn. 5), S. 16; DANIEL SCHWANDER, Plea Bargaining als «abgekürztes Verfahren» im Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, SJZ 2007, S. 142–147, S. 142; WIESER (Fn. 17), S. 2; kritisch BRAUN, Abgekürztes Verfahren (Fn. 56), S. 147. – Zum plea bargaining in England RICHARD VOGLER, Konsensuale Elemente im Strafprozess in England und Wales sowie in den USA, ZStW 2004, S. 129–149, S. 136 ff.; THOMAS WEIGEND, Absprachen im ausländischen Strafverfahren, Freiburg i.Br. 1990, S. 84 ff. (zit. Absprachen).

116 Vgl. den Überblick bei JAGGI (Fn. 76), S. 3 ff.

sen Umsetzung es dienen soll. Erst wenn die kennzeichnenden Elemente der Straftatbestände und der Strafen umrissen sind (hinten III.), beginnt sich plea bargaining mit Leben zu füllen und lässt sich erahnen, welche Bedeutung ihm im amerikanischen Strafprozess zukommt. Dass diese Beschreibung der US-Straf- und Strafverfahrenswirklichkeit «im abgekürzten Verfahren» erfolgt, dürfte angesichts ihres Umfangs (und des Themas dieses Beitrages!) kaum verwundern und entspricht im Übrigen vielleicht der makroskopischen Vergrößerung dessen, was die gerichtliche Kontrolle im Rahmen des abgekürzten Verfahrens noch zu leisten imstande ist.

## **I. Kompetenzverteilung im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts**

### *1. Gesetzgebung*

#### *a) Materielles Strafrecht*

Wie im schweizerischen Recht ist die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz (zum Erlass von Strafnormen) zwischen Bundesstaat und Gliedstaaten auch in den USA der Verfassung zu entnehmen und im Ausgangspunkt nicht wesentlich abweichend geregelt (Art. 3 BV): Sie (und damit die Befugnis zum Erlass von Strafnormen) liegt bei den Gliedstaaten, ausser die Verfassung sehe ausdrücklich oder implizit anderes vor und ermächtige den Bundesstaat zur Legiferierung in Strafsachen.<sup>117</sup> Die Art und Weise der Kompetenzverteilung in Strafsachen stimmt somit überein.<sup>118</sup> Die Kompetenzverteilung selber hingegen differiert: Eine Regel mit dem Gehalt von Art. 123 Abs. 1 BV fehlt in den USA; der Bundesstaat verfügt nicht über eine umfassende (nachträglich) derogatorische Regelungskompetenz im Bereich des Strafrechts.<sup>119</sup> Vielmehr kennt die amerikanische Verfassung vereinzelte, auf bestimmte Sachgebiete beschränkte ausdrückliche Strafgesetzgebungskompetenzen, deren Auswahl historisch zu erklären ist, so etwa im Bereich der Fälschung von Staatsobligationen und Münzen oder für schwere Verbrechen auf hoher See (inkl. der Seeräuberei) und für Verletzungen des Völkerrechts.<sup>120</sup> Ebenso steht die Strafgesetzgebung insoweit dem Bund zu, wie eigene Hoheitsgebiete (District of Columbia, territories, Armee- und Flottenstützpunkte, Nationalparks etc.) bzw. die sich dort aufhaltenden Personen oder befindenden Vermögenswerte von einer Tat betroffen

117 U.S. Const. amend. X; MARKUS D. DUBBER: Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005, S. 5 (zit. Einführung); WAYNE R. LAFAYE, Criminal Law, 4th ed., St. Paul (MN) 2003, S. 191, 194 (zit. Criminal Law); DERS., Substantive Criminal Law, 2nd ed., 3 vol., St. Paul (MN) 2003, vol. 1, S. 264, 294 (zit. Substantive Criminal Law); NIKLAUS SCHMID, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. Aufl., Heidelberg 1993, S. 20 (zit. Strafverfahren).

118 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 1052.

119 Näher HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 118), N 1093.

120 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 6 and 10.



sind.<sup>121</sup> Häufiger stützt sich bundesstrafrechtliche Gesetzgebung indessen auf Befugnisse, die impliziter der eigentlichen Regelungsnorm entnommen werden, beispielhaft seien einige solche Fälle erwähnt. So verfügt der Bund über das Recht, den Handel mit fremden Ländern und zwischen den Staaten zu regeln<sup>122</sup>, wogegen die Gesetzgebung über den innerstaatlichen Handel Sache der Gliedstaaten darstellt. Diese commerce clause hat sich als ein regelrechtes Einfallstor ausgedehnter Bundeszuständigkeit erwiesen, weil ihr Anwendungsbereich wenig klar und über weite Strecken bundesgesetzgeberischen Entscheidung überlassen ist. Als Handel «zwischen» den Staaten gilt ein Geschäftsvorgang, der bezüglich seines Gegenstandes, seiner Finanzierung oder seiner Parteien gliedstaatliche Grenzen überschreitet. Und selbst wenn kein Transfer über staatliche Grenzen hinaus vorliegt, sondern der Akt in den genannten Hinsichten auf einen bestimmten Staat begrenzt bleibt, gilt er als «commerce ... among the several states», sofern er den interstaatlichen Handel wesentlich berührt.<sup>123</sup> Die Regelungszuständigkeit des Bundes ist damit ausserordentlich weit gefasst und bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass er zur Absicherung der eigentlichen Normierung über den interstaatlichen Handel auch Strafnormen erlassen kann.<sup>124</sup> Ein Angriff etwa auf die an dem (interstaatlichen) Geschäftsvorgang beteiligten Mittel, Wege oder Personen wie das Verschieben von verbrecherisch erlangten Vermögenswerten über staatliche Grenzen fällt demnach in die Regelungszuständigkeit des Bundes.<sup>125</sup> Ebenso gelten bundesrechtliche Strafvorschriften gegen das Eintreiben von Krediten mit erpresserischen Mitteln<sup>126</sup> als zulässig, selbst wenn sich die gesamte Tat ausschliesslich in einem einzigen Gliedstaat abspielt, weil allgemein bekannt sei, dass «loan sharking» einen wesentlichen Bestandteil des organisierten Verbrechens darstelle und dieses den interstaatlichen Handel erheblich tangiere.<sup>127</sup> Doch ist die commerce clause

121 LAFAYE, Substantive Criminal Law (Fn. 117), vol. 1, S. 271 ff.

122 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 3 («among the several states»).

123 JOHN E. NOWAK/RONALD D. ROTUNDA, Constitutional Law, 7th ed., St. Paul (MN) 2004, S. 196 ff., 198.

124 Vgl. z.B. Title 18 USC ch. 47 (Fraud and False Statements).

125 United States v. Robertson, 514 U.S. 669, 115 S.Ct. 1732, 131 L.Ed.2d 714 (1995).

126 Title 18 USC § 891 ch. 6.

127 Perez v. United States, 402 U.S. 146, 91 S.Ct. 1357, 28 L.Ed.2d 686 (1971); kritisch NOWAK/ROTUNDA (Fn. 123), S. 197. Grenzen infolge fehlender gesetzgeberischer Bezugnahme (nicht des Bezuges selber!) zum intrastaatlichen Handel hat der Supreme Court dort gezogen, wo etwa ein Bundesgesetz das (wissentliche) Tragen von Feuerwaffen innerhalb eines gewissen Umkreises von Schulen unter Strafe stellte (United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 115 S.Ct. 1624, 131 L.Ed.2d 626 [1995]; Bezug durch den Kongress mittlerweile hergestellt in Title 18 USC § 922[q]) oder Entschädigung für «gender motivated» Gewaltverbrechen vorsah (United States v. Morrison, 529 U.S. 598, 120 S.Ct. 1740, 146 L.Ed.2d 658 [2000]; ablehnend KERRIE E. MALONEY, Gender-Motivated Violence and the Commerce Clause: The Civil Rights Provision of the Violence against Women Act after «Lopez», 96 Colum.L.R. 1876–1939 [1996]). Generell gilt bei nur intrastaatlichem Bezug, dass in diesem Fall eine kommerzielle Aktivität Gegenstand der Regelung bilden muss, um aufgrund der commerce clause in die Regelungsbefugnis des Bundesgesetzgebers zu fallen (NOWAK/ROTUNDA [Fn. 123], S. 200).

nicht die einzige Einbruchsstelle in ursprünglich genuin gliedstaatliche Kompetenzen. Auch über die general welfare clause<sup>128</sup>, die Befugnis zur Erhebung von Steuern und zur Ausgabe von Geldern zur Hebung der allgemeinen Wohlfahrt, sowie über das Prinzip des Vorrangs des Bundesrechts<sup>129</sup> hat sich der Bund weitreichende Gesetzgebungsbefugnisse gesichert. Weiter gehört zur Zuständigkeit des Bundes das gesamte Postwesen.<sup>130</sup> Schliesslich sorgt die sog. necessary and proper clause für eine weitere Ausdehnung zentralstaatlicher legislativer Befugnisse: Der Kongress ist ermächtigt, sämtliche Gesetze zu erlassen, die zur Ausführung der ihm zugestandenen Kompetenzen nötig und geeignet sind.<sup>131</sup> In dem genannten Umfang verfügen die USA somit über Bundesstrafrecht; es ist niedergelegt im U.S. Code (USC), einer Art Systematischen Sammlung des amerikanischen Rechts, zur Hauptsache in dessen 18. Titel «Crimes and Criminal Procedure».<sup>132</sup> Insgesamt geht man von einem geschätzten Bestand von etwa 1700 (grösstenteils sehr umfangreichen) Straftatbeständen im Bundesrecht aus, die durch mehr als 10 000 behördliche Verordnungen ergänzt werden, deren Verletzung ebenfalls strafrechtlich sanktioniert ist, was dem gesamten Komplex des Bundesstrafrechts die Bezeichnung eines «unübersichtliche(n) Wirrwarr(s) von Straftatbeständen» eingetragen hat.<sup>133</sup>

Alle andern Bereiche der Strafgesetzgebung sind den Gliedstaaten anheim gegeben. So existieren neben der Bundesstrafgesetzgebung 50 gliedstaatliche criminal bzw. penal codes (so dass der tatsächliche Umfang amerikanischer Strafgesetzgebung auf mehr als das Fünffzigfache der Bundesgesetzgebung beziffert wird<sup>134</sup>). Das führt zunächst dazu, dass jeder Gliedstaat in seinem Strafgesetzbuch dessen territoriale Reichweite näher zu umschreiben hat. So enthält etwa der California Penal Code<sup>135</sup> Bestimmungen über seinen zeitlichen und

128 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 1; näher NOWAK/ROTUNDA (Fn. 123), S. 226 ff.

129 U.S. Const. art. VI, cl. 2; näher NOWAK/ROTUNDA (Fn. 123), S. 374 ff.

130 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 7.

131 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 18 («To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof»), näher PETER WALTHER HUTZLI, Die verfassungsmässigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozess, Diss. Bern 1972, Zürich 1974, 10 f.; NOWAK/ROTUNDA (Fn. 123), S. 140 ff.

132 Indessen finden sich strafrechtliche Bestimmungen in fast jedem der 49 weiteren Titel des U.S. Codes, vor allem in den Titeln 8 (Aliens and Nationality), 15 (Commerce and Trade), 21 (Food and Drugs), 26 (Internal Revenue Code), 31 (Money and Finance), 41 (Public Contracts), 46 (Shipping) und 49 (Transportation).

133 DUBBER, Einführung (Fn. 117), S. 4.

134 DUBBER, Einführung (Fn. 117), a.a.O.

135 Der Bezug auf das kalifornische Strafgesetzbuch erklärt sich nicht etwa dadurch, dass es besonders gut den «Durchschnitt» gliedstaatlicher Strafgesetzgebung abbilden würde (im Gegenteil, vgl. hinten bei Fn. 142), sondern nur aus dem Umstand, dass es sich dabei um den bei weitem bevölkerungsreichsten Staat der USA handelt und dieser Beitrag zur Hauptsache während eines Forschungsaufenthaltes an der School of Law der University of California/Berkeley (Boalt Hall) entstanden ist (vgl. Fn. \* a.A.).

räumlichen Geltungsbereich, wie wir sie von Art. 3 ff. StGB her kennen<sup>136</sup>, und ebenso eine Art. 8 StGB entsprechende Norm, unter welchen Voraussetzungen eine Straftat als in Kalifornien verübt gilt.<sup>137</sup> Aus diesem Grund spielen sich die Streitfragen über das Strafanwendungsrecht, mithin die Berechtigung, eine Tat abzuurteilen, sowie diejenigen über den Ort der Begehung in den USA nicht nur auf Bundesebene ab, im Gegenteil: Zur Hauptsache geht es um die Abgrenzung der Jurisdiktion in Strafsachen zwischen den Gliedstaaten;<sup>138</sup> hier liegt das Schwergewicht der gerichtlichen Praxis zu Fragen der räumlichen Geltung und des Begehungsortes.<sup>139, 140</sup> Eine 50-fache Erscheinung «des» Strafgesetzbuches findet sich auch in den übrigen Bestimmungen der Strafgesetzbücher, jeweils meist in einen eher kurz gehaltenen Allgemeinen und einen ausführlichen Besonderen Teil gegliedert.<sup>141</sup> Allerdings wird diese Varianz aus zwei Gründen erheblich abgemindert: Zum einen gibt es, wie von den 26 kantonalen Strafprozessordnungen her bekannt ist, nicht beliebig viele denkbare Antworten auf die Fragen, deren Lösung dem Gesetzgeber aufgetragen ist. Im Detail mögen sich parallele Regelungen gleicher Rechtsbereiche unterscheiden, in den Grundlagen jedoch sind die tauglichen Ansätze legislativer Strafrechtsgestal-

136 § 777 ff. und § 2 f. California Penal Code (CPC).

137 § 781 ff. CPC; dabei finden sich detaillierte Vorschriften über den Begehungsort mit Blick auf zahlreiche einzelne Tatbestände wie z.B. Meineid (§ 777b), Inzest und Bigamie (§ 785) oder verschiedene Eigentumsdelikte (§ 786a).

138 Vgl. näher LAFAYE, *Criminal Law* (Fn. 117), S. 212 ff.; DERS., *Substantive Criminal Law* (Fn. 117), vol. 1, S. 294 ff. MARKUS D. DUBBER/MARK KELMAN, *American Criminal Law: Cases, Statutes and Comments*, 2nd ed., New York 2009, S. 152 ff.

139 Zahlreiche Hinweise auf gerichtlich beurteilte grenzüberschreitende Straftaten bei LAFAYE, *Criminal Law* (Fn. 117), 213 ff. Fn. 7 ff.; DERS., *Substantive Criminal Law* (Fn. 117), vol. 1, S. 295 ff. Fn. 7 ff.; DUBBER/KELMAN (Fn. 138), S. 158 ff.

140 Diese Doppelung ist an sich auch in der Schweiz bekannt, sie hat indessen kaum Bedeutung: Natürlich muss das kantonale Strafrecht, soweit solches überhaupt zulässig ist (vgl. Art. 335 StGB und ROLAND WIPRÄCHTIGER, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Strafgesetzbuch, Band II*, 2. Aufl., Basel 2007, N 1 ff. zu Art. 335 [zit. BSK II]), seinen eigenen Anwendungsbereich umschreiben. Es tut dies häufig mit Verweis auf das StGB und dessen Art. 3 ff. (z.B. Art. 1 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Luzern vom 14. September 1976, SRL 300; § 2 Abs. 1 Straf- und Justizvollzugsgesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006, LS 331). Damit ist in erster Linie das Konzept der Territorialität bezeichnet (so z.B. ausdrücklich Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Obwalden vom 14. Juni 1981, GDB 310.1), eine Anknüpfung etwa unter dem Titel des aktiven Personalitätsprinzips fällt ausser Betracht, weil das hierfür allein massgebende Kantonsbürgerrechts keine hinreichend starke Bindung zu schaffen vermag (näher PETER POPP, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Band I*, 2. Auflage, Basel 2007, N 49 zu Art. 3). Aber weil das Gewicht des kantonalen Strafrechts infolge der grundsätzlich ausschliesslichen Bundeskompetenz marginal ist, sind territorial konkurrierende Ansprüche von Kantonen mit Blick auf ihr jeweils eigenes Strafrecht äusserst selten.

141 Im California Penal Code machen die Bestimmungen, die nach schweizerischem Verständnis zum Allgemeinen Teil gerechnet werden, nur einen Bruchteil dessen aus, was im Besonderen Teil geregelt ist: § 1–33 AT, § 37–553 BT. – Zur Quelle der gliedstaatlichen Strafgesetzgebungskompetenz, die auf die Polizeigewalt (police power) zurückgeführt wird, MARKUS D. DUBBER, *The Police Power*, New York 2005, S. 139 ff., S. 157 ff.

tung zahlenmässig beschränkt; das gilt nicht nur für die kantonalen Strafprozessordnungen der Schweiz, sondern auch für das materielle Strafrecht der Bundesstaaten in den USA. Zum andern haben 40 der 50 Staaten ihr Strafrecht auf das Vorbild des sog. Model Penal Code gestützt, ein vom American Law Institute in den 50er-Jahren entworfenes Musterstrafgesetzbuch;<sup>142</sup> auch dies sorgt für eine gewisse «Einheit in der Vielfalt».

#### *b) Strafprozessrecht*

Die Aufteilung der gesetzgeberischen Befugnisse im Bereich des Strafprozessrechts folgt der bereits erwähnten Scheidelinie: Zuständig sind die Gliedstaaten, soweit die einschlägigen Kompetenzen nicht qua Bundesverfassung der Zentralgewalt übertragen worden sind.<sup>143</sup> Damit ergibt sich auch hier im Ausgangspunkt ein schweizerischem Verständnis vertrautes Bild:<sup>144</sup> Bundesstrafprozessrecht existiert in dem Ausmass, wie es die Verfassung vorsieht. Doch findet sich dafür, anders als im materiellen Strafrecht, keine explizite Bestimmung des Inhaltes, es sei dem Bund erlaubt, ein bestimmtes Strafverfahrensgesetz zu erlassen. Die entsprechende Befugnis wird vielmehr ganz selbstverständlich von der primären abgeleitet, materielles Strafrecht zu setzen,<sup>145</sup> oder aber der Verfassungsbestimmung zur «judicial power» entnommen.<sup>146</sup>

### *2. Gerichtsorganisation und Rechtsprechung*

Mit der Darstellung der Gesetzgebungskompetenzen ist freilich noch nichts darüber ausgesagt, welche Gerichte befugt sind, über die entsprechenden Regeln zu befinden.<sup>147</sup> In diesem Punkt unterscheidet sich das US-Justizsystem wesentlich vom schweizerischen: Während hierzulande die Kantone für die Gerichtsorganisation und die Rechtsprechung auch dann zuständig sind, wenn es sich, wie meist, um die Anwendung von bundesrechtlichen Strafbestimmungen handelt (Art. 123 Abs. 2 BV), verhält sich dies in den Vereinigten Staaten grundlegend anders. Ein Blick auf Art. III sec. 2 cl. 1 der Verfassung vermittelt

142 DUBBER, Einführung (Fn. 117), S. 16 f. In Kalifornien und im Bund, in denen der Versuch einer Strafrechtsreform «am kläglichsten gescheitert» ist (DUBBER [Fn. 117], a.a.O., S. 17), stützt sich das materielle Strafrecht nicht auf den Model Penal Code, er beeinflusst aber auch dort die Rechtsprechung; näher MARKUS D. DUBBER, *Criminal Law. Model Penal Code*, New York 2002 (zit. Model Penal Code).

143 U.S. Const. amend. X.

144 Art. 123 Abs. 1 BV.

145 Vgl. nur WAYNE R. LAFAYE/JEROLD H. ISRAEL/NANCY J. KING, *Criminal Procedure*, 4th ed., St. Paul (MN) 2004, S. 3; WAYNE R. LAFAYE/JEROLD H. ISRAEL/NANCY J. KING/ORIN S. KERR, *Criminal procedure*, 3rd ed., 7 vol., St. Paul (MN) 2007, vol. 1, S. 9.

146 U.S. Const. art. III; SCHMID, *Strafverfahren* (Fn. 117), S. 21; HUTZLI (Fn. 131), S. 14.

147 Zur amerikanischen Justizstruktur allgemein HEINZ AEMISEGGER, *Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis der schweizerischen Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts*, AJP 2008, S. 18–30, S. 20.

näheren Aufschluss. Danach erstreckt sich die Bundesgerichtsbarkeit u.a. auf die Verfassung, die Gesetze und die Staatsverträge der Vereinigten Staaten.<sup>148</sup> Das bedeutet nichts anderes, als dass es nach amerikanischem Rechtsverständnis am Bund liegt, die für die Durchsetzung des von ihm gesetzten Strafrechts nötigen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte einzusetzen sowie die anwendbaren prozessualen Regeln zu bestimmen. Diese bundesrechtliche Gerichtsorganisation besteht, vereinfacht gesprochen und auf den Bereich des Strafrechts beschränkt<sup>149</sup>, aus 94 erstinstanzlichen Bundesgerichten mit einer sich über einen oder mehrere Bezirke (counties) oder einen ganzen Gliedstaat erstreckenden Zuständigkeit in Bundesstrafsachen (sog. district courts).<sup>150</sup> Für jeden Bezirk ist ein vom Präsidenten ernannter und vom Senat bestätigter Staatsanwalt (U.S. attorney; prosecutor) eingesetzt; ihm obliegt, für seinen Gerichtsbezirk, die oberste Leitung der Strafverfolgung im Bereich des Bundesstrafrechts. Über den district courts stehen, als Rechtsmittelinstanzen, 11 courts of appeals,<sup>151</sup> die jeweils für die Gebiete von mehreren Gliedstaaten zuständig sind (sog. circuits).<sup>152</sup> Zuoberst in der Rangfolge der bundesstaatlichen Gerichte thront der Supreme Court.<sup>153</sup> Das gesamte Bundesstrafrecht wird nur von die-

148 «The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority;—to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls;—to all cases of admiralty and maritime jurisdiction;—to controversies to which the United States shall be a party;—to controversies between two or more states;—between a state and citizens of another state;—between citizens of different states;—between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects.» – Daneben ist Gerichtsbarkeit des Bundes etwa vorgesehen in Fällen betreffend Minister, Botschafter und Konsuln, betreffend die Schifffahrts- und Seegerichtsbarkeit, betreffend Streitigkeiten, in denen die Vereinigten Staaten Partei sind, betreffend Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Gliedstaaten oder zwischen Bürgern verschiedener Gliedstaaten.

149 Dazu findet sich in jedem Distrikt, formal als Teil des district court, ein Zwangsvollstreckungsgericht (bankruptcy court; Title 28 USC § 151 ff.) sowie sog. «magistrate judges» mit gewissen Funktionen im Bereich des Strafrechts (Title 28 USC § 631 ff.), weiter ein für das ganze Bundesgebiet zuständiges Gericht für Klagen finanzieller Natur gegen die USA (sog. Court of Federal Claims mit Hauptsitz im District of Columbia, Title 28 USC § 171 ff.) sowie ein Court of International Trade mit Sitz in New York (Title 28 USC § 251 ff.). Die Richter der bankruptcy courts und die magistrate judges (ebenso diejenigen des Court of Federal Claims) sind im Unterschied zu den Mitgliedern der district und appeals courts, des Supreme Court (justices) sowie des Court of International Trade keine sog. «Art. III-Richter», d.h. fallen nicht unter die in der genannten Verfassungsnorm vorgesehenen Privilegien der Anstellung auf Lebenszeit und des Verbots von Gehaltskürzungen.

150 Title 28 USC ch. 5. Kalifornien etwa ist in die vier Distrikte «nördliches, östliches, südliches und zentrales Kalifornien» unterteilt (letztgenanntes zudem in drei Divisionen), vgl. Title 28 USC § 84.

151 13 mit denjenigen für den District of Columbia und für die Bundes-Gerichtsdistrikte, Title 28 USC ch. 3.

152 So umfasst der 9th circuit neben Kalifornien weiter Alaska, Arizona, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Washington, Hawaii sowie Guam, vgl. Title 28 USC § 41.

153 Title 28 USC ch. 1.



sen Bundesgerichten angewendet,<sup>154</sup> und zwar nach den Regeln des Bundesstrafprozessrechts.<sup>155</sup> Parallel zu dieser Gerichtsstruktur erstreckt sich diejenige der Gliedstaaten über je deren Territorien und damit im Ergebnis (fast) über das gesamte Land. Bestand, Zahl und Struktur dieser Gerichte werden je von den Gliedstaaten selber festgelegt; entsprechend unterschiedliche Lösungen sind dabei zu finden.<sup>156</sup> Und auch die gliedstaatlichen Verfahrensordnungen zur Umsetzung des gliedstaatlichen Strafrechts differieren erheblich.<sup>157</sup> Entscheidend aber ist, dass sie für die Umsetzung und den Vollzug von Bundesstrafrecht nicht zuständig sind.

Über das ganze Land erstreckt sich somit ein doppeltes «Gerichts- und Verfahrensnetz».<sup>158</sup> Aber weil diese Trennung nicht einheitlichen Parametern folgt, kommen bei der Verfolgung und Beurteilung einzelner Fälle Überschneidungen der Kompetenzen vor. So stellt ein «gewöhnlicher» Banküberfall zwar eine gliedstaatliche Strafsache dar, die jedoch auch zum bundesstaatlichen Banküberfall wird, soweit es sich bei der Bank um eine bundesstaatlich versicherte Institution handelt.<sup>159</sup> Der Diebstahl eines Autos fällt nicht bloss unter die einzelstaatliche Zuständigkeit, sondern ebenso unter die bundesstaatliche, wenn der Dieb im Anschluss an die Tat mit dem Auto in einen anderen Gliedstaat fährt.<sup>160</sup> Der Mord wird auch zur Bundesstrafsache, wenn es sich beim Täter um einen Insassen einer Bundesstrafanstalt handelt.<sup>161</sup> Es existiert keine allgemeine Regel, wie in solchen Fällen doppelter bzw. geteilter Zuständigkeit zu verfahren ist. Klar ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur, dass Verfolgung bzw. Bestrafung durch den Bundes- *und* den Gliedstaat, selbst bei identischer Tat und identischer Strafnorm, nicht gegen das verfassungsrechtlich abgesicherte Verbot der doppelten Strafverfolgung und Bestrafung (Double Jeopardy Clause<sup>162</sup>) verstösst, weil sie von verschiedenen Hoheitsträgern aus-

154 SCHMID, Strafverfahren (Fn. 117), S. 21. Derzeit finden sich auf Ebene district 678 Richterstellen und auf Ebene circuit 179. Der Supreme Court besteht aus neun Richtern (justices; Title 28 USC § 1).

155 Sie sind zur Hauptsache niedergelegt in den Amendments der Verfassung, in den Federal Rules of Criminal Procedure sowie in Title 28 USC.

156 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 5.

157 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), a.a.O.

158 Dasselbe gilt für die Ebene des Strafvollzugs: Anders als in der Schweiz sind nicht die Gliedstaaten für den Vollzug von Urteilen zuständig, die von Bundesgerichten gefällt worden sind. Neben den (sehr zahlreichen) gliedstaatlichen Gefängnissen existieren über das Land verteilt auch bundesstaatliche, in denen die Urteile der Bundesgerichte vollstreckt werden (wobei der Anteil der Insassen in federal prisons nur etwa 7% der Gesamtzahl der Strafgefangenen ausmacht).

159 Title 18 USC § 2113 (Bank robbery and incidental crimes); LAFAVE, Criminal Law (Fn. 117), S. 230; vgl. hinten Fn. 166.

160 Title 18 USC § 2312 (Transportation of stolen vehicles); LAFAVE, Criminal Law (Fn. 117), S. 230.

161 Title 18 USC § 1118.

162 U.S. Const. amend. V.



geht.<sup>163</sup> In einigen wenigen Fällen ist zudem eine Verfolgung auf Bundesebene nach vorangegangenem Verfahren im Gliedstaat (unabhängig vom Ergebnis) bundesgesetzlich ausgeschlossen.<sup>164</sup> Im Übrigen findet weder eine Verdrängung der staatlichen Verfolgungs- und Bestrafungskompetenz durch die bundesrechtliche<sup>165</sup> noch in umgekehrter Richtung<sup>166</sup> statt, vielmehr bestehen beide nebeneinander, und dasselbe gilt im Verhältnis zwischen zwei Gliedstaaten.<sup>167</sup> Doch hat der Generalstaatsanwalt der USA (Attorney General) in umfangreichen Weisungen Vorgaben erlassen, dass ein Strafverfahren nach Absprache zwischen Staats- und Bundesbehörden dort anhängig gemacht werden soll, wo es dem öffentlichen Interesse am meisten diene, und dass im Regelfall wegen der gleichen Sache nach einem Strafverfahren im Gliedstaat nicht erneut ein Verfahren von den Bundesbehörden angestrengt werden solle, zumindest nicht nach einer Verurteilung mit angemessener Sanktion.<sup>168</sup> – Damit ist der Hintergrund skizziert, vor dem sich die Strafverfahren im Bund und in den Staaten abspielen. Ihre nähere Form und Gestalt sind, am Beispiel eines Bundesstrafverfahrens wegen einer schwereren Straftat (felony), Gegenstand des nächsten Abschnittes.

## II. Ablauf eines Strafverfahrens

Wenn schon eine auch nur halbwegs aussagekräftige *allgemeine* Beschreibung der 26 schweizerischen kantonalen Strafprozessordnungen nahezu ein Ding der Unmöglichkeit darstellt (oder sie dann aufgrund ihres Abstraktionsgrades nicht

163 Sog. dual sovereignty-Doktrin, vgl. u.a. *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313, 98 S.Ct. 1079, 55 L.Ed.2d 303 (1978); *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377, 43 S.Ct. 141, 67 L.Ed. 314 (1922); näher LFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1205 ff.; LFAVE/ISRAEL/KING/KERR (Fn. 145), vol. 6, S. 657 ff.

164 Z.B. Title 18 USC § 659, 660, 2101 (c), 2117.

165 *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377, 43 S.Ct. 141, 67 L.Ed. 314 (1922; Bestrafung wegen unerlaubten Herstellens, Transportes und Besitzes von Alkohol nach State Law und anschliessend nach National Prohibition Act); *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187, 79 S.Ct. 666, 3 L.Ed.2d 729 (1959; Bestrafung wegen Verabredung [conspiracy] zur Sprengung von Einrichtungen einer Telefongesellschaft nach gliedstaatlichem Recht und anschliessend nach Bundesrecht).

166 *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121, 79 S.Ct. 676, 3 L.Ed.2d 684 (1959; Freispruch vor bundesstaatlichem Gericht wegen Raubüberfall auf bundesstaatlich versicherte Institution, anschliessend Schuldspruch vor gliedstaatlichem Gericht für die gleiche Tat).

167 *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 106 S.Ct. 433, 88 L.Ed.2d 387 (1985; Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe in Georgia wegen Mordes mit guilty plea zur Vermeidung der Todesstrafe, anschliessend Verurteilung zum Tod in Alabama).

168 *United States Attorneys' Manual* § 9–2.031, sog. Petite policy, vgl. *Petite v. United States*, 361 U.S. 529, 80 S.Ct. 450, 4 L.Ed.2d 490 (1960; dabei ging es allerdings um eine doppelte Verfolgung/Bestrafung allein durch Bundesbehörden, die wohl schon aufgrund der Double Jeopardy clause unzulässig gewesen wäre, vgl. die dissenting opinions der Richter Brennan, Black und Douglas, S. 533/452). Als (bloss) interne Richtlinien können diese Bestimmungen in einem Rechtsmittelverfahren vom Angeklagten offenbar nicht als verletzt gerügt werden, LFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1206.

über Selbstverständlichkeiten hinaus zu gelangen vermag), so muss dies für die strafprozessuale Landschaft der USA noch vermehrt gelten. Angesichts von 52 Strafverfahrensordnungen<sup>169</sup> müsste eine numerische Betrachtungsweise den doppelten Schwierigkeitsgrad geltend machen, auf noch höhere Hindernisse, nun ins Ernsthafte gewendet, als die Darstellung der helvetischen Strafprozessrechtswirklichkeit stösst sie allemal. Aus diesem Grund folgt die Beschreibung «des» Strafverfahrens nach amerikanischem Muster dem Bundesstrafverfahren, niedergelegt in den Federal Rules of Criminal Procedure (FRCP) sowie in Title 18 USC § 3001 ff. Obwohl nur ein Bruchteil der jährlichen Strafverfahren in den USA nach dieser Verfahrensordnung geführt und erledigt werden,<sup>170</sup> ist ihre Ausstrahlung nicht zu unterschätzen. So verfügen etwa die Hälfte der Gliedstaaten über strafprozessuale Regelwerke, die sich, trotz erheblichen Unterschieden in den jeweiligen tatsächlichen Ausgangslagen,<sup>171</sup> eng an die FRCP und Title 18 USC § 3001 ff. anlehnen.<sup>172</sup> Der Gang der Strafsache orientiert sich in der Darstellung an einem schwereren oder gar schweren Fall, einem sog. felony case, üblicherweise mit «Verbrechen» übersetzt. Das Verfahren für leichtere Delikte, misdemeanors (Vergehen oder Übertretungen) oder petty offences (Übertretungen) kann davon abweichen, indem Verfahrensgarantien nicht im gleichen Masse gelten oder sonst Vereinfachungen im Ablauf vorgesehen sind.<sup>173</sup>

### 1. Vorverfahren

Der Ablauf eines Strafverfahrens weist gegenüber dem hiesigen Prozessmodell einige Abweichungen auf. Gemeinsam ist zwar beiden noch, dass am Anfang ein Tatverdacht steht, dem in einer Ermittlungs- bzw. Untersuchungsphase nä-

169 Neben den 50 einzelstaatlichen die Bundesstrafprozessordnung (Federal Rules of Criminal Procedure [FRCP]) sowie die Strafprozessordnung für den District of Columbia (LAFAVE/ISRAEL/KING [Fn. 145], S. 4). Gedrängter Überblick über den Verfahrensablauf bei DUBBER/KELMAN (Fn. 138), S. 87 ff.

170 Nach LAFAVE/ISRAEL/KING ([Fn. 145] S. 4) werden weniger als 2% der Gesamtzahl an Strafverfolgungen pro Jahr und weniger als 4% der gesamthaft verfolgten Verbrechen (felonies) nach den FRCP erledigt.

171 LAFAVE/ISRAEL/KING/KERR (Fn. 145), vol. 1, S. 94 ff.

172 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 6. Zu weiteren Modellen LAFAVE/ISRAEL/KING/KERR (Fn. 145), vol. 1, S. 92 f., 97 ff.

173 Die Unterscheidung von felonies und misdemeanours wird im Strafrecht der USA und der Gliedstaaten nicht einheitlich vorgenommen. Am häufigsten gelten als misdemeanours Straftaten, die mit einer Strafe von einem Jahr Freiheitsentzug oder mit Geldstrafe bedroht sind, während auf felonies längere Freiheitsstrafen oder gar die Todesstrafe stehen. Doch sind unter felonies zuweilen auch Taten verstanden, die mit (dem Tod oder) Freiheitsstrafe in einem Staatsgefängnis (state prison) bedroht sind, wogegen misdemeanours Freiheitsstrafe in einem Bezirksgefängnis (county jail) oder Geldstrafe androhen, z.B. § 17 CPC. Als Untergruppe der misdemeanours sind die sog. petty offences anzusehen, die regelmässig Geldstrafen bis zu einem bestimmten Betrag vorsehen, etwa Title 18 USC § 19, Rule 58 FRCP; sie werden andersorts infractions genannt, z.B. § 19.6 CPC; näher LAFAVE, Criminal Law (Fn. 117), S. 34 ff.; LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 7 Fn. 1.

her nachgegangen wird. Aber dieses Verfahrensstadium weist insofern nur geringfügige Übereinstimmungen mit dem schweizerischen Pendant auf, als es in aller Regel erheblich kürzer ausfällt und im Gegenzug die Anklage deutlich früher erhoben wird. Zumeist ist in dieser Phase die Polizei aktiv und sucht nach Hinweisen für Tat und Täterschaft; dabei ist ihr die Vernehmung von Verdächtigen, Opfern oder Zeugen unmittelbar am Tatort gestattet.<sup>174</sup> Diese Art der Ermittlung stösst dort an ihre Grenzen, wo die förmliche Vorladung von Verdächtigen oder Zeugen nötig wird, etwa wenn die Vorzuladenden nicht von sich aus («freiwillig») mit der Polizei kooperieren (wozu sie nicht verpflichtet sind), oder wenn es um die Herausgabe von umfangreichen Urkunden oder Registern geht. In solchen Fällen wird jeweils die sog. grand jury eingeschaltet, weil nur ihr die entsprechende Befugnis zur Vorladung zwecks (Zeugen-)Einvernahme (unter Strafandrohung für Weigerung und Falschaussage) zukommt.<sup>175</sup> Die grand jury hat in diesem Umfang<sup>176</sup> die Funktion einer Untersuchungsbehörde. Als Gremium von Laien ist sie freilich auf juristischen Sachverstand angewiesen, der ihr vom Staatsanwalt vermittelt wird – was die Vorladung der grand jury im Ergebnis doch zu einer Vorladung des Staatsanwaltes macht.<sup>177</sup> Zudem kommen Untersuchungen der grand jury dort vor, wo spezifische Geheimhaltungsbedürfnisse bestehen oder umgekehrt das Vertrauen in die Korrektheit der Untersuchung mit besonderem Nachdruck sichergestellt werden soll.<sup>178</sup>

Haben die Ermittlungen zu einem Tatverdacht bezüglich einer bestimmten Person geführt (probable cause), wird damit deren Verhaftung zulässig (arrest);<sup>179</sup> dabei wird der Haftbefehl i.d.R. von einem sog. magistrate (judge) ausgestellt oder – häufiger – die Haft, im Anschluss an eine polizeiliche Verhaftung ohne Haftbefehl, von ihm überprüft. (Untersuchungs-)Haft kann somit in weiterem Ausmass als nach hiesiger Auffassung verhängt werden, indem neben dem (dringenden) Tatverdacht kein zusätzlicher Haftgrund wie Verdunkelungs- oder Fluchtgefahr verlangt wird<sup>180</sup> (oder umgekehrt solche Prozessvereitelungsversuche als Annahme vorweggenommen werden). So bildet eine dem eigentlichen Prozess vorgehende Untersuchungshaft (pretrial detention; custody), jedenfalls normativ, die Regel,<sup>181</sup> und zwar nicht bloss in schwereren Fällen.<sup>182</sup>

174 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 8.

175 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 11, 411 ff.

176 Zur Hauptfunktion der grand jury hinten 2.

177 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 11.

178 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 11, 414 f.

179 Vgl. etwa Title 18 USC § 3041; § 813 CPC.

180 Vgl. z.B. Rule 4(a) FRCP; LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 8, 11 f.

181 Wie im Bereich der Auslieferung (Art. 47 IRSG) und faktisch auch im völkerstrafrechtlichen Verfahren (Art. 58 RS), aber anders als im bürgerlichen Strafverfahren (vgl. Art. 212 Abs. 1 Satz 1 StPO: «Die beschuldigte Person bleibt in Freiheit»).

182 Nach LAFAVE/ISRAEL/KING (Criminal procedure, 2<sup>nd</sup> ed., 6 vol., St. Paul [MN] 1999, vol. 1, S. 94) betreffen 60–80% der Arrest-Fälle misdemeanours, mittlere bis leichte Straftaten, die mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldbusse bedroht sind. Der Rest entfällt auf schwere bis sehr schwere Straftaten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder gar mit

Doch besteht als Ersatzmassnahme und Korrektiv meistens<sup>183</sup> die Möglichkeit einer Freilassung gegen Kautionszahlung (bail).<sup>184</sup> Ihr kommt grosse Bedeutung zu, erstreckt sie sich doch auf all jene Fälle, in denen zwar ein Tatverdacht besteht, aber keine Fluchtgefahr anzunehmen ist; gegen übermässige Kautionen besteht sogar ein verfassungsrechtlicher Schutz.<sup>185</sup> Als Ausnahme von der Regel ist schliesslich (immer häufiger<sup>186</sup>) der allein auf die Erwartung zukünftigen Erscheinens gegründete Verzicht auf die Untersuchungshaft bzw. die Freilassung aus dem Arrest zu nennen.<sup>187</sup>

## 2. Hauptverfahren

Im Anschluss an den Arrest und nach Vornahme der notwendigen Abklärungen zum Verdächtigen und der ihm vorgeworfenen Tat steht die Frage nach Erhebung der Anklage an (charge). Für das Verständnis des amerikanischen plea bargaining handelt es sich dabei um einen zentralen Punkt. Formell liegt diese Entscheidung bei der Staatsanwaltschaft, die sie freilich, zumindest bei Vergehen (misdemeanors), der Polizei übertragen kann. Doch selbst wo dies nicht geschehen ist, oder in schwereren Fällen (felonies), erfolgt die staatsanwaltschaftliche Prüfung des Falles mit Blick auf die Anklageerhebung offenbar mit sehr unterschiedlicher Tiefenschärfe.<sup>188</sup> Ein Grund für oberflächliche Prüfung dürfte, neben der Geschäftslast, in der Möglichkeit begründet sein, die Anklage auf entsprechendes Begehren (nolle prosequi motion) und nach richterlichem Entscheid zurückziehen oder abändern zu können, wenn sich nach ihrer Erhebung die Beweislage für den (ursprünglichen) Vorwurf als zu dürftig erweist. In der Sache sind drei Varianten denkbar: Anklageerhebung auf der identischen Vorwurfsgrundlage wie bei Anordnung der Untersuchungshaft, Anklageerhebung für ein minder schweres Delikt oder Verzicht auf Erhebung einer Anklage. Dabei steht dem Staatsanwalt traditionellerweise ein äusserst weites und durch rechtliche Regeln nur wenig strukturiertes Ermessen zu, welches die Grundvoraussetzung des plea bargaining darstellt.<sup>189</sup>

---

dem Tod bedroht sind, felonies (Verbrechen); bei diesen Straftaten wird fast immer verhaftet, vgl. Bureau of Justice Statistics, *German and American Prosecutions: An Approach to Statistical Comparison*, Davis 1998, S. 10.

183 Freilassung gegen Kautionszahlung kann ausgeschlossen sein bei Kapitalverbrechen, Gewalt- oder Sexualstraftaten oder bei drohender Verbrechensausführung, vgl. z.B. Art. I, § 12 California Constitution.

184 LAFAYETTE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 12, 647 ff.; STEPHEN A. SALTZBURG/DANIEL J. CAPRA, *American Criminal Procedure*, 7th ed., St. Paul (MN) 2007, S. 934 ff.

185 Vgl. U.S. Const. amend. VIII: «Excessive bail shall not be required ...»; ebenso Art. I, § 12 California Constitution.

186 SCHMID, *Strafverfahren* (Fn. 117), S. 110.

187 Title 18 USC § 3142(b).

188 LAFAYETTE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 13 f.

189 Näher hinten III.

Soll Anklage erhoben werden (complaint), so ist dies nicht direkt beim urteilenden Gericht möglich, sondern es sind Prüfungsinstanzen vorgeschaltet (magistrate, u.U. auch grand jury). Damit soll – nicht unähnlich der (ursprünglichen) Rolle von Anklagekammern in den kantonalen Strafprozessordnungen<sup>190</sup> – gewährleistet sein, dass niemand den Belastungen eines Hauptverfahrens, insbesondere dessen öffentlicher Verhandlung, ausgesetzt wird, ohne dass zugleich eine erhebliche Verurteilungswahrscheinlichkeit besteht, und, parallel dazu, dass die urteilende Instanz sich nicht mit einer zum vornherein aussichtslosen Anklage zu befassen hat.<sup>191</sup> Deshalb wird diese beim magistrate eingereicht; dieser Akt macht den Verdächtigten zum Angeklagten (defendant). Der complaint stellt die Anklageschrift dar, in minder schweren (Vergehens-)Fällen für die gesamte Dauer des Verfahrens; in den (schweren) Verbrechensfällen hingegen ist seine «Haltbarkeit» auf die Verhandlungen vor dem magistrate court beschränkt, vor dem urteilenden Gericht wird er ersetzt durch ein sog. indictment oder eine information.<sup>192</sup> Nach erhobener Anklage erscheint der Angeklagte zum ersten Mal vor dem Gericht, und zwar dem magistrate court,<sup>193</sup> dem in diesem Stadium zur Hauptsache die Funktion eines Haftrichters zukommt und der die Möglichkeit einer Entlassung gegen Kautions (bail) prüft sowie den Angeklagten (nochmals) über seine Rechte aufklärt.<sup>194</sup> An diesen Schritt schliesst sich als nächster das preliminary hearing<sup>195</sup> vor dem magistrate court. Dabei geht es abermals um eine Prüfung des Anklagevorwurfs, nun aber nicht mehr mit Blick auf allfällig angeordnete Haft, sondern auf die Berechtigung des Anklagevorwurfes selber. Und im Unterschied zur früheren Prüfung, ob eine probable cause für weitere Haft vorliegt (ein einseitiger, auf Antrag der Strafverfolgung ergehender Entscheid), handelt es sich bei diesem Verfahrensabschnitt um eine adversatorische Verhandlung, in welcher die Staatsanwaltschaft zur Stützung ihrer Darlegung ihre (Haupt-)Zeugen vorlädt und der Angeklagte bzw. sein Verteidiger deren Darstellung im Kreuzverhör zu entkräften sucht. Fast alle Prozessordnungen sehen in schwereren Fällen mit einer Strafdrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr (felony-Fälle) ein solches preliminary hearing vor.<sup>196</sup> Doch wird dessen Häufigkeit durch zwei Faktoren wesentlich gemindert: Zum einen lässt es sich auf Betreiben der Strafverfolgungsbehörde überspringen, wenn diese bereits ein sog. grand jury indictment erwirkt hat (dazu sogleich). Zum andern kann der Angeklagte auf das preliminary hearing verzichten, was vor allem dort vorkommt, wo er sich schuldig zu

190 Näher HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 38), § 79 N 10, 14 f.; SCHMID, Strafprozessrecht (Fn. 38), N 340, 818 ff.

191 SCHMID, Strafverfahren (Fn. 117), S. 42.

192 LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 15.

193 Sog. first oder initial appearance, vgl. z.B. Rule 5 FRCP.

194 LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 16 f.

195 Z.B. Rule 5.1 FRCP.

196 LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 18.

bekennen beabsichtigt (guilty plea); auf diese Weise gelangt die Strafsache direkt an das urteilende Gericht (trial court).<sup>197</sup> Wo ein preliminary hearing stattfindet, kann dessen Ausgang wiederum drei Formen annehmen: Die Strafverfolgung wird aufgehoben (und der Angeklagte entlassen), die Anklage wird heruntergestuft (von einem felony- zu einem misdemeanor-Fall) oder sie wird vom magistrate court gestützt und an die grand jury oder an den trial court gewiesen.

Die grand jury, die nunmehr ins Spiel kommt, ist eine dem zeitgenössischen schweizerischen Verständnis etwas sperrige Institution. Es handelt sich bei ihr um ein grösseres Laiengremium<sup>198</sup> mit der Funktion, die Anklage vor ihrer eigentlichen gerichtlichen Beurteilung zu überprüfen und sie zuzulassen oder zu verwerfen. Nach amend. V der US-Verfassung besteht darauf in Fällen von Kapital- oder sonstwie schweren Verbrechen der Bundesgerichtsbarkeit ein verfassungsrechtlicher Anspruch. So sieht die Bundesstrafprozessordnung (wie auch 18 der gliedstaatlichen Verfahrensordnungen) vor, dass Verbrechensanklagen stets den Weg über eine grand jury einschlagen müssen.<sup>199</sup> Doch ist, wiederum auf Bundesebene, gesetzlich aufgeweicht, was verfassungsrechtlich den Anschein eines «harten» rechtsstaatlichen Bollwerks macht: Absolut zwingend ist das grand jury-Verfahren einzig noch für mit dem Tod bedrohte Straftaten; in allen andern Fällen kann der Angeklagte darauf verzichten.<sup>200</sup>

Das Verfahren vor der grand jury ist, wiederum im Unterschied zu demjenigen des preliminary hearing, einseitig, es tritt nur die Staatsanwaltschaft auf, der Angeklagte hat weder ein Recht auf Teilnahme noch auf Vorlage von entlastendem Beweismaterial. Aufgrund der staatsanwaltschaftlichen Vorbringen prüft die grand jury, ob die vorgelegten Beweise einen Prozess rechtfertigen. Ist sie dieser Ansicht (wie meistens), so stellt sie das sog. indictment aus, die definitive Anklageschrift, welche den provisorischen complaint ablöst und die sachverhaltlichen sowie rechtlichen Grundlagen in das Verfahren vor dem erkennenden Gericht einführt. Doch kann der Angeklagte auf diesen Verfahrensweg verzichten (ein Einfallstor für Verhandlungen zwischen Anklage und Verteidigung), und in der Mehrzahl der gliedstaatlichen Verfahrensordnungen hat die Staatsanwaltschaft die Wahl, ohne Zwischenschaltung einer grand jury mittels einer sog. information (direkt) Anklage zu erheben.<sup>201</sup>

Nach Einreichung der Anklageschrift beim trial court findet das sog. arraignment statt, die Verlesung der Anklageschrift sowie die Anfrage an den Angeklagten, wie er sich dazu stellt. Hier nun schlägt die Stunde des Handelns

197 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), a.a.O.

198 I.d.R. 16–23 Mitglieder, vgl. z.B. Rule 6 (a)(1) FRCP. In Kalifornien hängt die Mitgliederzahl einer grand jury von der Einwohnerzahl des Bezirkes ab, in dem sie tätig ist (i.d.R. 19 Mitglieder, in bevölkerungsarmen Bezirken 11, in stark bevölkerten 23), vgl. § 888.2 CPC.

199 Rule 7 (a)(1) FRCP; LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 19; sog. «indictment jurisdictions».

200 Rule 7(a)(1) und (b) FRCP.

201 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), a.a.O.; sog. «information states».



und Taktierens, hat der Angeklagte doch drei Möglichkeiten der Stellungnahme: Er kann seine Täterschaft bzw. Schuld bestreiten (plead not guilty), sich schuldig erklären (plead guilty) oder eine sog. nolo contendere-Erklärung abgeben.<sup>202</sup> Sofern nicht bereits in einem früheren Prozessstadium eine Absprache zwischen der Strafverfolgung und der Verteidigung bzw. dem Angeklagten zustande gekommen ist, lautet die Einlassung meistens auf nicht schuldig, womit das Feld für Verhandlungen eröffnet ist. Daraufhin wird der Richter einen Termin für eine nächste Verhandlung ansetzen, den nicht wahrnehmen zu müssen sämtliche Beteiligten sich erhoffen, weil in der Zwischenzeit Gelegenheit für eine Einigung besteht. Sie ist in vielerlei Gestalt denkbar<sup>203</sup> und bringt das Verfahren zu einem raschen Ende. Bleibt sie aus, finden, als Beginn des Hauptverfahrens, die sog. pretrial motions statt, Verhandlungen über «Vorfragen», die an dieser Stelle aufgeworfen werden können<sup>204</sup> oder bei Verwirkungsfolge müssen,<sup>205</sup> etwa Einwendungen gegen die Zuständigkeit des Gerichts oder gegen die Anklage(schrift), die Beanstandung ungebührlicher Verfahrensverzögerung oder Anträge auf Nichtzulassung (angeblich) rechtswidrig erlangter Beweismittel.<sup>206</sup> Die Filterwirkung dieser pretrial motions ist, angesichts der vorangegangenen Prüfungsbemühungen (screening) wenig überraschend, gering und wird auf 2–5 % veranschlagt.<sup>207</sup>

Im Anschluss an die pretrial motions oder, wo dieses Stadium übersprungen wird, an das arraignment, kommt es zur eigentlichen Gerichtsverhandlung (trial). Dabei ist wesentlich, dass diese vorerst nur Tat und Täter beschlägt, mithin den Versuch darstellt, die Täterschaft des Angeklagten in objektiver und subjektiver Hinsicht nachzuweisen und das Eingreifen von Rechtfertigungs- oder Schuldtausschliessungsgründen, soweit nach materiellem Strafrecht vorgesehen,<sup>208</sup> auszuschliessen (sog. defences, häufig unterteilt in justifications and

202 Auch no contest-Erklärung genannt, s. z.B. Rule 11(a) FRCP. Eine nolo contendere-Erklärung stellt einen Verzicht auf die Bestreitung des Anklagevorwurfs dar, ohne diesen explizit anzuerkennen. Damit kommt sie für das Verfahrensstadium, in dem sie abgegeben wird, einem guilty plea gleich, weil der Angeklagte in eine bestimmte Strafe einwilligt. Die nolo contendere-Erklärung bedarf der Zustimmung des Gerichts. Sie verhindert, dass die Erklärung in einem späteren Zivilverfahren oder einem weiteren Strafverfahren gegen den Angeklagten verwendet werden kann (SCHMID, Strafverfahren [Fn. 117], S. 58); näher Kenney v. Tamayo-Reyes, 504 U.S. 1, 112 S.Ct. 1715, 118 L.Ed.2d 318 (1992); STEPHANOS BIBAS, Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of *Alford* and Nolo Contendere Pleas, Cornell Law Review 88 (2002–2003), S. 1361–1411; kritisch ALBERT W. ALSCHULER, Straining at Gnats and Swallowing Camels: The Selective Morality of Professor Bibas, Cornell Law Review 88 (2002–2003), S. 1412–1424.

203 Dazu hinten B.IV.1.

204 Rule 12(b)(2) FRCP.

205 Rule 12(b)(3) FRCP.

206 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 20.

207 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), a.a.O.

208 Dazu JOSHUA DRESSLER, Understanding Criminal Law, 4th ed., Newark (NJ) 2006, S. 217 ff. (zit. Criminal Law); DUBBER, Model Penal Code (Fn. 142), S. 186 ff.; LAFAVE, Criminal Law (Fn. 117), S. 368 ff., 444 ff., 522 ff.

excuses). Mit andern Worten: Was im schweizerischen Prozessrecht die Ausnahme bildet, die Trennung von Erkenntnisverhandlung und Strafzumessungsverhandlung im Schuldinterlokt,<sup>209</sup> stellt nach US-Prozessrecht, sofern eine Erkenntnisverhandlung stattfindet, die Regel dar (die Strafzumessung ist einer späteren Verhandlungsphase vorbehalten). Dabei hat der Angeklagte einen verfassungsrechtlich abgesicherten<sup>210</sup> und in den 52 Verfahrensordnungen bekräftigten Anspruch, für felonies und für misdemeanors mit (zumindest) einer Strafdrohung von mehr als sechs Monaten von einer Geschworenenbank<sup>211, 212</sup> beurteilt zu werden.<sup>213</sup> Die meistens einstimmig<sup>214</sup> zu fällende Entscheidung über Schuld oder Unschuld (verdict) liegt von Verfassungs wegen in deren Verantwortung, und sie wird nicht begründet;<sup>215</sup> der (Berufs-)Richter vermittelt den Geschworenen «bloss» das Fachwissen über die Rechtsregeln zur Findung des rechtserheblichen Sachverhaltes und dessen richtige Rubrizierung unter die einschlägigen Bestimmungen (instruction).<sup>216</sup> Damit ist zugleich die Grenze des verfassungsmässigen Rechts auf ein Geschworenengericht bezeichnet: Es erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Rechtsfolgen, insbesondere nicht auf

209 Art. 342 Abs. 1 lit. a StPO.

210 U.S. Const. art. III, § 2, cl. 3 und U.S. Const. amend. VI; *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 88 S.Ct. 1444, 20 L.Ed.2d 491 (1968).

211 In unterschiedlicher Grösse, meistens zwischen 6 und 12 Geschworenen (LAFAVE/ISRAEL/KING [Fn. 145], S. 21), z.B. 12 Mitglieder im Bundesstrafverfahren (Rule 23[b] FRCP), ebenso im kalifornischen Strafprozess (§ 1046 CPC; § 220 California Code of Civil Procedure [CCCP]).

212 Ganz korrekt müsste von einem Schwurgericht, nicht einem Geschworenengericht, die Rede sein, weil die Urteilsaufgabe zwischen den Laien und dem ausgebildeten Berufsrichter zweigeteilt ist: Jene entscheiden unter Ausschluss dieses nur über die Schuldfrage, vgl. sogleich im Text. Im Falle eines Schuldspruchs befindet der Richter allein über die Straffrage, d.h. die Verhängung der angemessenen Rechtsfolge(n). Solche Schwurgerichte finden sich in der Schweiz nicht mehr, näher FELIX BOMMER, Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege, in: Jörg Schmid/Hansjörg Seiler (Hrsg.), *Recht des ländlichen Raums*, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 47–66, S. 54 Fn. 28 (zit. Laienbeteiligung).

213 Rule 23 (a) FRCP; LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 21.

214 Näher JOSHUA DRESSLER/ALAN C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, 4th ed., vol. 2: Adjudication, Newark (NJ) 2006, S. 289 f.

215 DRESSLER, *Criminal Law* (Fn. 208), S. 5 f. Die fehlende Begründung von jury-Entscheidungen hat zur Frage der Stellung der Laien zum Gesetz geführt, ein traditionell mit der Institution der jury verbundener Diskussionspunkt. Die schweizerische Diskussion dazu ist, mangels jury-Verfahren, längst abgeflaut (näher BOMMER, Laienbeteiligung [Fn. 212], S. 62 f.), in den USA hat sie sich bis in die heutigen Tage halten können. Die jury ist in der Lage, gegen alle Evidenz der Tatsachen und des Rechts ein «not guilty» auszusprechen, und dieses Verdikt ist von der Strafverfolgung nicht umzustossen, weil es keine Rechtsmittel gegen einen Freispruch durch die jury gibt (U.S. Const. amend. VI). Fraglich ist die rechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens (sog. «Jury Nullification»), insbesondere, ob es einer jury erlaubt ist, eine Gesetzesbestimmung nicht anzuwenden, wenn sie diese aus bestimmten Gründen für «ungerecht» hält. Heute steht die ganz herrschende Meinung in den USA (wie auch sonst) auf dem Standpunkt, dass unter den Bedingung *rechtlich* geregelter Verfahren und ihrer Gegenstände ein solcher Dispens nicht in Frage kommen kann; näher *United States v. Thomas*, 116 F.3d 606 (United States Court of Appeals, Second Circuit, 1997); DRESSLER, *Criminal Law* (Fn. 208), S. 6 ff. (m.w.H.); LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1040 f.

216 Rule 30 FRCP; § 1127 CPC; LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1151 ff.

die Strafzumessung, ungeachtet der Art und Höhe der Strafe<sup>217</sup> (und auch nicht auf *das Aussprechen* eines Freispruchs). Der Angeklagte kann auf die Beurteilung der Schuldfrage durch die Geschworenen verzichten, was bei einer Einigung über die Anklage regelmässig geschieht; statt dessen ergeht dann ein Urteil durch ein (Berufs-)Gericht, regelmässig ein Einzelrichter. Der Anteil der nicht eingestellten felony-Fälle, die auf diese Weise erledigt werden, wird mit gut 90 % beziffert, so dass nur knapp 10 % für die eigentliche Geschworenengerichtsverhandlung übrig bleiben (dazu hinten IV.1.); bei misdemeanors liegt dieser Wert noch deutlich tiefer (3–7 %).<sup>218</sup>

An den Schuldspruch durch die Geschworenen oder durch das Gericht schliesst sich die Strafzumessungsverhandlung (sentencing and judgment) an; sie ist fast überall vollständig dem Gericht vorbehalten.<sup>219</sup> Weil das vorhergehende Verfahrensstadium ganz auf die Alternative Schuld/Unschuld ausgerichtet war, ist dabei mindestens nochmals eine Befragung des (erst) Schuldiggesprochenen durchzuführen, um die angemessene Sanktion zu finden.<sup>220</sup> Dabei sind auf Bundesebene die Federal Sentencing Guidelines zu beachten,<sup>221</sup> während in den gliedstaatlichen Strafgesetzen die verschiedensten Lösungen zu finden sind, von (ebenfalls) Sentencing Guidelines über weitestes richterliches Ermessen bis hin zu dessen Verengung durch (erhebliche) Strafminima oder kasuistisch anmutende Aufzählungen von erschwerenden bzw. mildernden Umständen<sup>222</sup>, häufig in qualifizierte oder privilegierte Tatbestände gefasst<sup>223</sup> und/oder im Abschnitt über die Strafzumessung für einzelne Tatbestände eigens angeführt.<sup>224</sup>

217 Vorbehältlich anderslautender gliedstaatlicher Regelung selbst bei der Todesstrafe nicht, *Spaziano v. Florida*, 468 U.S. 447, 104 S.Ct. 3154, 82 L.Ed.2d 340 (1984). Doch müssen gewisse sachverhaltliche Grundlagen, welche für die Strafzumessung entscheidend sind, von der jury, nicht vom sentencing judge, festgestellt worden und «beyond a reasonable doubt» sein, *Cunningham v. California*, 549 U.S. 270, 127 S.Ct. 856, 166 L.Ed.2d 856 (2007); *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, 125 S.Ct. 738, 160 L.Ed.2d 621 (2005; dazu auch hinten III.4); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296, 124 S.Ct. 2531, 159 L.Ed.2d 403 (2004); *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584, 122 S.Ct. 2428, 153 L.Ed.2d 556 (2002); *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466, 120 S.Ct. 2348, 147 L.Ed.2d 435 (2000); FRANK O. BOWMAN, *Train Wreck? Or Can the Federal Sentencing System Be Saved? A Plea for Rapid Reversal of Blakely v. Washington*, *American Criminal Law Review* 41 (2004), S. 217–265.

218 *LaFAVE/ISRAEL/KING* (Fn. 145), S. 21.

219 Vgl. nur Rule 32 FRCP. – Zahlen für Kalifornien: Von 212 773 im Jahr 2006–2007 beurteilten felony-Anklagen führten 140 120 zu einer (entsprechenden) felony-Verurteilung, 28 105 zu einer Verurteilung wegen eines misdemeanors, und in 43 405 Fällen erfolgte eine Einstellung oder ein Freispruch, m.a.W.: Gut 20 % der Anklagen enden mit einem nicht-verurteilenden Verfahrensausgang (2008 Court Statistics Report, *Statewide Caseload Trends, 1997–1998 Through 2006–2007*, Judicial Council of California, San Francisco 2008, S. 119, Table 8b).

220 SCHMID, *Strafverfahren* (Fn. 117), S. 79.

221 Dazu hinten III.4.

222 Title 18 USC § 2553.

223 Etwa in Chapter 5 CPC, wo der Diebstahl (Larceny [Theft]) in mehr als 50 Artikeln geregelt ist; *LaFAVE/ISRAEL/KING* (Fn. 145), S. 22.

224 So finden sich z.B. in § 1170.7 ff. CPC u.a. strafschärfende Umstände bei Raub, Brandstiftung oder Sexualdelikten.

### 3. *Rechtsmittel*

Das Rechtsmittelverfahren ist weit verzweigt und kontinentaleuropäischem Rechtsdenken eher schwierig zugänglich. Das hat zum einen damit zu tun, dass bereits im erstinstanzlichen Geschworenenvorfahren – ohne eigentliches Rechtsmittelverfahren zu sein – uns unbekannte Korrekturmöglichkeiten angelegt sind. So findet sich, auf Staatenebene, die Regelung, dass das Gericht einen durch die jury gefällten Schuldspruch an diese zu erneuter Prüfung zurückweisen kann, wenn es der Meinung ist, sie habe das Recht falsch angewendet.<sup>225</sup> Auf Bundesebene ist der Angeklagte befugt, gegen den Schuldspruch der jury beim Gericht, d.h. regelmässig beim Einzelrichter, einen Antrag auf Freispruch einzureichen,<sup>226</sup> mit der möglichen Folge eines Wechsels von einem verurteilenden zu einem freisprechenden Verfahrensausgang bereits innerhalb des ersten Rechtszuges. Und selbst wenn der Betroffene gegen seine Verurteilung angehen will, kommt es nicht zwingend zu einem Rechtsmittelverfahren: Art. 33 FRCP sieht vor, dass das Gericht auf seinen Antrag das Urteil aufheben (motion for a new trial) und eine neues Verfahren anordnen kann «if the interest of justice so requires», oder wenn es keine Zuständigkeit über die Strafsache hatte (Art. 34 FRCP). Ein «clear error» im Akt der Strafzumessung erlaubt deren Neuvernahme (Art. 35[a] FRCP), und mit massgeblicher Hilfe bei der Verfolgung einer anderen Person lässt sich, nach der Verurteilung, eine Strafreduktion verdienen (Art. 35[b] FRCP). Zum andern – das dürfte nun bereits deutlich geworden sein – ist dem amerikanischen Strafprozessrecht nahezu unbekannt, was uns unter dem Titel «Rechtskraft» heilig ist.<sup>227</sup> Dass ein einmal (letztinstanzlich) ergangenes Urteil nur bei Vorliegen qualifizierter (Revisions-)Gründe, die es mit einiger Wahrscheinlichkeit als falsch erscheinen lassen, in einem neuen Verfahren in Zweifel gezogen werden kann.<sup>228</sup> Vielmehr existieren neben den ordentlichen Rechtsmitteln,<sup>229</sup> genauer: nach deren Ergreifung (appeal, Title 18 USC § 3731 ff.), sog. postconviction remedies (auch collateral remedies, reliefs oder attacks genannt), deren Übersetzung mit «Neben-Rechtsmittel» den (falschen) Eindruck geringer oder gar fehlender Bedeutung aufkommen lassen könnte. Das wäre ganz und gar nicht richtig: Pro Jahr werden immerhin mehr als 20 000 solcher Rechtsbehelfe eingereicht,<sup>230</sup> und ein ansehnlicher Teil von ihnen verkörpert den Versuch zur Abwendung der Todesstrafe.<sup>231</sup> Mit den post-

225 § 1161 CPC; auch hier gilt dies nicht für einen Freispruch, vgl. 2. Teilsatz von § 1161 CPC.

226 Motion for a judgment of acquittal, Rule 29(c) FRCP. Hingegen hat das Gericht einen Freispruch durch die jury wiederum hinzunehmen (SCHMID, Strafverfahren [Fn. 117], S. 77).

227 Art. 437 f. StPO; GUNTHER ARZT, Amerikanisierung der Gerechtigkeit: Die Rolle des Strafrechts, in: Kurt Schmoller (Hrsg.), FS für Otto Triffterer, Wien/New York 1996, S. 527 ff., S. 535 f. (zit. Amerikanisierung).

228 Art. 410 ff. StPO.

229 Dazu LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1272 ff.; SCHMID, Strafverfahren (Fn. 117), S. 81 ff.

230 Angaben für das Jahr 2000 (LAFAYE/ISRAEL/KING [Fn. 145], S. 23).

231 Siehe hinten Fn. 238.

conviction remedies gelangt eine Strafsache von der einzelstaatlichen in die Bundesgerichtsbarkeit,<sup>232</sup> sie sind indessen auch gegen Urteile von Bundesgerichten zulässig.<sup>233</sup> Gestützt auf eine behauptete Verletzung von Verfassungsrechten kann ein mittels appeal auf Staatenebene nicht mehr anfechtbares Urteil nunmehr vor einem Bundesbezirksgericht erneut zur Diskussion gestellt werden (mit der Möglichkeit des Weiterzugs an ein Bundesappellationsgericht und, prinzipiell, an den Supreme Court). Allerdings existieren auf Staatenebene ebenfalls postconviction remedies,<sup>234</sup> die den *einzelstaatlichen* Instanzenzug einschlagen und deren Anwendungsbereich sich mit denjenigen auf Bundesebene überschneidet,<sup>235</sup> doch gehen diese jenen nach, d.h. die Bundes-Nebenrechtsmittel stehen erst nach Ausschöpfung der einzelstaatlichen offen.<sup>236</sup> Gemeinsam ist ihnen allen der Ausgangspunkt: Der ausserordentliche Rechtsschutz, der auf den writ of habeas corpus zurück geht,<sup>237</sup> steht dem *seiner Freiheit beraubten Verurteilten* offen.<sup>238</sup> Ziel des Verfahrens ist die richterliche Prüfung der Rechtmässigkeit dieses Freiheitsentzuges, und zwar nach dem Massstab von zentralstaatlichen Erlassen (Verfassung, Gesetze und Staatsverträge der USA), nicht von gliedstaatlichem Recht.<sup>239</sup> Die Rechtmässigkeit ihrerseits bemisst sich an der Rechtmässigkeit des Verfahrens, an dessen Ausgang der Freiheitsentzug steht, wobei (verfassungsverletzende) Verfahrensfehler nicht durchwegs zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen.<sup>240</sup> Im

232 Title 28 USC § 2254 sowie Rules governing Section 2254 Cases in the United States District Courts.

233 Title 28 USC § 2255 sowie Rules governing Section 2255 Cases in the United States District Courts.

234 Z.B. § 1473 ff. CPC.

235 SCHMID, Strafverfahren (Fn. 117), S. 89.

236 Soweit es um einen durch ein *einzelstaatliches* Gericht angeordneten Freiheitsentzug geht, Title 28 USC § 2254(b)(1)(A). – Dabei ist, typisch für eine föderale Staatsstruktur, das legitime Ausmass höchstgerichtlicher Kontrolle über die gliedstaatliche Rechtsprechung Gegenstand ausgiebiger Kontroversen in Literatur und Rechtsprechung und steht auch innerhalb des Supreme Court alles andere als ausser Streit, vgl. die Hinweise bei LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1316 ff.

237 Zu dessen Herkunft aus dem Common Law und seiner Ausweitung zu einem allgemeinen Verfahren der Überprüfung von Freiheitsentzug LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1312 f.; SCHMID, Strafverfahren (Fn. 117), S. 15 f., 88 f.

238 Das betrifft nicht nur den zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten, vielmehr ist der writ of habeas corpus gerade bei Todesurteilen, die bekanntlich ebenfalls mit Freiheitsentzug einher gehen, von grosser Bedeutung. Mit dem Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA) hat der Bundesgesetzgeber versucht, diesen Einfluss zurückzudrängen, vgl. das damit neu eingefügte chapter 154 in Title 28 USC (§ 2261 ff.); kritisch LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1316 f.

239 Siehe Fn. 232 f.

240 Allerdings greift insoweit die sog. harmless error-Regel, welche sämtlichen gliedstaatlichen und auch der Bundesstrafprozessordnung bekannt ist (Rule 52[a] FRCP). Ein Irrtum, der nicht wesentliche Rechte des Angeklagten verletzt, bleibt unbeachtlich. Entwickelt für die appeals im ordentlichen Rechtsmittelzug, wendete der Supreme Court seit Mitte der 60er-Jahre die Regel auch auf Verfassungsverletzungen an (die vordem stets als harmful gegolten hatten; Chapman v. California, 386 U.S. 18, 87 S.Ct. 824, 17 L.Ed.2d 705 [1967]). Sie führen (mit drei Ausnah-



Vordergrund stehen Verletzungen von wichtigen Bestimmungen der Verfassung, etwa des Schweigerechts (Aussagefreiheit) samt unrechtmässig erwirktem Geständnis, des Rechts auf wirksame Verteidigung oder auf eine (grand) jury, des Verbots der Verwertung unrechtmässig erlangter Beweismittel oder der Doppelbestrafung.<sup>241</sup>

Mit dieser kursorischen Darstellung des idealtypischen Ablaufs eines US-Strafverfahrens im Bereich der schwereren Kriminalität sind nunmehr einige Grundsteine gelegt, die für das Verständnis des plea bargaining wesentlich sind. Zugänglich sollten damit jedenfalls der äussere Rahmen dieser Verfahrensverkürzung werden, ihre instrumentelle Verwendung und ihre Einordnung in das Verfahren. Für ein besseres Verständnis und zur Erfassung der eigentlichen Tragweite des amerikanischen plea bargaining muss man freilich gewisse Eigenheiten des materiellen amerikanischen Strafrechts einbeziehen, insbesondere die Strafe und ihr Ausmass. Dieser Gesichtspunkt stellt den letzten Stein im Mosaik des plea bargaining dar, der erst dessen Bedeutung ganz offenbar werden lässt. Das wird sofort deutlich, wenn man sich vor Augen führt, worum es, auch bei einem ausgehandelten Strafmass, noch immer geht: um die Verwirklichung des materiellen Rechts, die entscheidend von dessen Ausgestaltung mit Blick auf die Strafhöhen abhängt. Deshalb ist nachfolgend einerseits von den häufig überlappenden Tatbeständen im amerikanischen Strafrecht (des Bundes und der Gliedstaaten) mit ihren sehr ausführlichen und fast detailversessenen Unrechtsbeschreibungen die Rede. Andererseits müssen hier die Rechtsfolgen zur Sprache kommen, die ein Schuldspruch nach sich zieht. Die in den USA verhängten Strafen sind generell und auch im Bereich der schweren Kriminalität markant höher als diejenigen in der Schweiz. Das ist zunächst auf die generell höheren *Strafdrohungen* in den Tatbeständen des Bundesrechts und des Gliedstaatenrechts zurückzuführen. Es hat weiter mit der Bedeutung zu tun, welche vor allem die gliedstaatlichen Regelungen dem Rückfall beimessen («three strikes and you are out»); sie lassen die mittlerweile abgeschaffte Regelung im Strafgesetzbuch<sup>242</sup> als ganz harmlos erscheinen. Und schliesslich sind

---

men) nicht zur Aufhebung des Entscheides, wenn sie sich nicht auf seinen Inhalt ausgewirkt haben und insofern «harmlos» geblieben sind. Für den Bereich von habeas review-Fällen gilt diese Praxis noch verschärft: Nur wenn dem Betroffenen infolge des Irrtums ein noch andauernder Nachteil (actual prejudice) entstanden ist, wird die Entscheidung aufgehoben, wenn, anders formuliert, ein innerer Zusammenhang zwischen dem belastenden Urteil und dem Irrtum besteht (Brecht v. Abrahamson, 507 U.S. 619, 113 S.Ct. 1710, 123 L.Ed.2d 353 [1993], bestätigt in Calderon v. Coleman, 525 U.S. 141, 119 S.Ct. 500, 142 L.Ed.2d 521 [1998]; LAFAYE/ISRAEL/KING [Fn. 145, S. 1298 ff., 1333 f.]).

241 SCHMID, Strafverfahren (Fn. 117), S. 93; ausführlich LAFAYE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1324 ff.

242 Art. 67 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB (in der bis Ende 2006 geltenden Fassung) sah vor, dass der Richter die Dauer der Strafe erhöhte, wenn der Täter zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wurde und zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen waren, seit er eine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe ganz oder teilweise verbüsst hatte; das Höchstmass der Strafart durfte dabei nicht überschritten werden.



die höheren Strafen ein Ergebnis der Technik der Strafzumessung, soweit sie sich, wie im Bund oder in einzelnen Staaten, auf sog. Sentencing Guidelines stützt. Vor diesem Hintergrund des amerikanischen materiellen Strafrechts wird sich das Phänomen «plea bargaining» weiter aufhellen.

### III. Materielles Strafrecht: Weitflächig erfasstes Unrecht und Strafzumessung

#### 1. Überlappende Tatbestände

Ein Blick in den Federal Criminal Code (Title 18 USC) vermittelt einem an Kürze und Systematik orientierten juristischen Sachverstand ein ungewohntes Bild.<sup>243</sup> Die einzelnen Tatbestände des Gesetzeswerkes sind nicht thematisch geordnet, sondern nach Alphabet, beginnend mit Chapter 2 «Aircraft and Motor Vehicles», endend mit Chapter 119 «Wire and Electronic Communications Interception and Interception of Oral Communications».<sup>244</sup> Innerhalb des Gesetzes folgt etwa dem «Protection of Trade Secrets» (Chapter 90) der «Protection of Unborn Children» (Chapter 90A), an den «Telemarketing Fraud» (Chapter 113A) schliesst sich das Kapitel über «Terrorism» (Chapter 113B), nach dem Meineid (Perjury, Chapter 79) finden sich die Strafbestimmungen über die Piraterie (Piracy and Privateering, Chapter 81), über das Postwesen (Postal Service, Chapter 83) und über die Ermordung des Präsidenten (Presidential and Presidential Staff Assassination, Kidnapping and Assault, Chapter 84), und die Regelung bestimmter Aspekte des Glücksspiels («Gamblings», Chapter 50) geht unmittelbar derjenigen des Völkermordes («Genocide», Chapter 50A) voran. Aber es ist noch nicht einmal diese fehlende Systematik oder der grosse Umfang,<sup>245</sup> die den Federal Criminal Code schwer überblickbar und fassbar machen, es sind vielmehr die unterschiedlichen Aspekte, auf denen all diese Chapters beruhen, selbst wenn ein grosser Teil von ihnen sich letztlich auf die commerce clause der Verfassung zurückführen lässt. «Das Bundesstrafrecht ... wimmelt von Straftatbeständen, die eine Störung des interstate und des internationalen Handels unter Strafe stellen.»<sup>246</sup> Und weil solche Störungen in potentiell unbegrenzter

243 Vgl. auch die bereits vorne (Fn. 133) zitierte Einschätzung von DUBBER, dass «das Bundesstrafrecht aus einem unübersichtlichen Wirrwarr von Straftatbeständen besteht» (Einführung [Fn. 117], S. 25).

244 Die Chapter 121 («Stored Wire and Electronic Communications and Transactional Records Access») und 123 («Prohibition on Release and Use of Certain Personal Information from State Motor Vehicle Records»), welche die Aufzählung der einzelnen Verbrechen (Besonderer Teil) abschliessen, bilden seltene Ausnahmen von der Regel alphabetischer Aufzählung.

245 Für einen groben Eindruck: Die in 123 Kapitel gegliederten Gruppen von Straftaten umfassen 2775 Paragraphen («sections»; allerdings entspricht nicht ganz jeder Zahl ein Paragraph, und die Nutzung von Paragraphen für Definitionen ist verbreitet). Äusserlich beschrieben: Die Verbotsmaterie erstreckt sich über 400 Druckseiten im Format der amtlichen schweizerischen («grünen») Erlasse, aber mindestens doppelt so eng bedruckt.

246 DUBBER, Einführung (Fn. 117), S. 5.

Gestalt auftreten können, sind erstens die Tatbestände äusserst zahlreich, die diesen Handel unter immer wieder anderen Gesichtspunkten (d.h. vor immer wieder anderen Angriffen) schützen, und dadurch ergeben sich, zweitens, ausgedehnte Überlappungen von Tatbeständen im Einzelfall. So stellt etwa der Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act (RICO)<sup>247</sup> die Investition von Geldern in eine interstaatlich tätige Unternehmung unter Strafe, sofern diese Gelder mit der zwei- oder mehrfachen Begehung einer staatlichen Straftat (mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr bedroht) in Zusammenhang stehen, z.B. aus Erpressung, Bestechung, Raub oder Drogenhandel hervorgegangen sind.<sup>248</sup> Dasselbe gilt, wenn sie aus einem umfangreichen Katalog von Bundesstraftaten wie bestimmte Formen von Betrug, Fälschungsdelikten oder Handel mit illegalen Waren stammen. Damit fallen für die Anklage schon drei Delikte in Betracht, die mindestens zweifach begangene Ursprungstat sowie die RICO-Tat, und deren Erfassung als Geldwäscherei kommt noch dazu. Das ergibt Strafdrohungen von bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe sowohl für die RICO-Tat<sup>249</sup> wie auch für die Geldwäscherei,<sup>250</sup> und die für die Ursprungstat verwirkte Strafe ist damit, wie gezeigt,<sup>251</sup> noch nicht abgegolten.<sup>252</sup>

Dies alles könnte man als gesetzgeberisch nicht eben glückliche Überkriminalisierung abtun, wenn sie sich nicht im Einzelfall auswirken würde. Das Bundesstrafrecht kennt nämlich keine Bestimmung von der Art der Konkurrenzregel in Art. 49 Abs. 1 StGB, wonach bei mehreren verwirkten (Freiheits-)Strafen diejenige der schwersten Tat angemessen erhöht oder geschärft wird. Vielmehr laufen solche Strafen zwar in der Regel parallel («concurrent»). Aber das Gesetz selber sieht zuweilen ihre hintereinander geschaltete Verbüssung vor («consecutive»),<sup>253</sup> und wo es dies nicht tut, kann der Richter es so anordnen,

247 Chapter 96 Federal Criminal Code, Title 18 USC §§ 1961 ff.

248 Title 18 USC §§ 1961(1)(A), 1962(a).

249 Title 18 USC § 1963(a).

250 Title 18 USC § 1956(A)(1).

251 Dual sovereignty-Doktrin, vorne bei Fn. 163.

252 Für die beispielhaft genannten Straftaten sieht der California Penal Code folgende Maximalstrafen vor: Für Erpressung und Bestechung bis zu vier Jahren (§ 520 und § 67 CPC), für Raub bis zu neun Jahren (§ 213 CPC) und bei (beabsichtigtem) Drogenhandel ist die Menge entscheidend: Neben eine Grundstrafdrohung von bis zu fünf Jahren (§ 11351.5 CPC) im Fall von Kokain treten obligatorische Strafschärfungen von drei Jahren bei einer Menge von einem Kilogramm, von fünf Jahren bei vier Kilogramm, von zehn Jahren bei zehn Kilogramm, von 15 Jahren bei 20 Kilogramm, von 20 Jahren bei 40 Kilogramm und von 25 Jahren bei 80 Kilogramm oder mehr (§ 11370.4 CPC). – Für das Bundesstrafrecht des Federal Criminal Code seien die Angaben auf bestimmte Formen des Betruges beschränkt. Hier sind Höchststrafen von 30 (Title 18 USC § 1344, Bank fraud), 25 (Title 18 USC § 1546, Fraud and misuse of visas, permits, and other documents), 20 (Title 18 USC § 1541, Fraudes and swindles) oder 15 Jahren vorgesehen (Title 18 USC § 1028, Fraud and related activity in connection with identification documents, authentication features, and information).

253 Z.B. Title 18 USC § 3147: Wer eines Verbrechens schuldig gesprochen wird, das er nach Entlassung aus der Untersuchungshaft begangen hat, wird zu einer konsekutiv zu vollziehenden zusätzlichen Strafe von bis zu zehn Jahren verurteilt.

wenn er parallele Verbüssung unangemessen findet.<sup>254, 255</sup> Die Entscheidung für oder gegen einen solchen additiven Strafvollzug liegt vollkommen in seiner Hand, weil sich das Gesetz über die jeweiligen Voraussetzungen nur indirekt äussert, indem es auf die Faktoren verweist, die auch sonst bei der Strafzumessung im Rahmen der sentencing guidelines zu berücksichtigen sind wie Art und Umstände der Tatbegehung oder das Vorleben des Täters. Zudem soll die Straflänge und damit die Frage des konkurrierenden oder konsekutiven Vollzuges daran ausgerichtet werden, dass die Strafe die Schwere der Tat angemessen widerspiegelt und als gerechte Vergeltung gelten kann, dass sie von strafbarem Verhalten abschreckt und, soweit nötig, die Öffentlichkeit vor dem Verurteilten schützt bzw. ihm die nötige Behandlung verschafft.<sup>256</sup> Damit kommt dem Richter ein erheblicher Ermessensspielraum zu, von der Regel abzuweichen, und bei mehreren Freiheitsstrafen, die dem Verurteilten zu verschiedenen Zeiten auferlegt worden sind, kehrt sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis sogar um, dann wird normalerweise die zweite Strafe anschliessend an die erste verbüsst.<sup>257</sup>

## 2. *Hohe Strafdrohungen und (hohe) Mindeststrafen*

Die bisherige Darstellung hat deutlich werden lassen, dass das amerikanische Strafrecht mit Straflängen operiert, die zum Teil ganz massiv über den hiesigen liegen. Die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe<sup>258</sup> ist verbreitet und bei weitem nicht nur auf die allerschwersten Straftaten wie Mord<sup>259</sup> oder Völker-

254 Title 18 USC § 3584(a). Vgl. zur konkurrierenden und konsekutiven Strafverbüssung die ausführliche Regelung in § 7.06 Model Penal Code (vorne Fn. 142) und CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG, Zur Konkurrenz im US-amerikanischen Recht, ZStW 2002, S. 146–179.

255 Nichts anderes gilt für das staatliche Recht: In Kalifornien etwa ist es vollständig dem Richter überlassen, über den konkurrierenden oder den konsekutiven Vollzug zu befinden. Dabei sieht das Strafgesetz auch die Möglichkeit von konsekutivem Vollzug mehrerer lebenslänglicher Freiheitsstrafen vor, selbst wenn sie ohne die Möglichkeit einer bedingten Entlassung (parole) ausgesprochen worden sind (§ 669 CPC).

256 Title 18 USC § 3584(b), 3553(a).

257 Wie Fn. 254. Die Suche nach einer Regelung der retrospektiven Konkurrenz (Art. 49 Abs. 2 StGB) im amerikanischen Bundesstrafrecht ist erfolglos verlaufen; vgl. aber § 669 CPC.

258 Die im schweizerischen Recht vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe weist jedoch einen markanten Unterschied zu ihrem US-Pendant auf: Eine bedingte Entlassung aus ihr ist nach 15, u.U. schon nach 10 Jahren möglich (Art. 86 Abs. 5 StGB). Die für first degree murder (neben der Todesstrafe) in sämtlichen Staaten verhängbare lebenslange Freiheitsstrafe kann hingegen, mit Ausnahme von Hawaii und New Mexico, tatsächlich lebenslang dauern, d.h. unter Ausschluss einer vorzeitigen Entlassung ausgesprochen werden («Life without parole», z.B. § 190 [«Punishment for murder»], § 190.03 [Mord als sog. «hate crime»] oder § 190.05 CPC [«Penalty for second degree murder for defendants who have served a prior prison term for murder»]). Im Bundesstrafrecht ist die Möglichkeit einer bedingten Entlassung («parole») mit den sentencing guidelines abgeschafft worden, näher hinten 4.

259 Art. 112 StGB; Title 18 USC § 1111; § 198 f. CPC. Das schweizerische Strafrecht kennt daneben bloss drei weitere Tatbestände, in denen wahlweise eine lebenslange Freiheitsstrafe angedroht ist: In besonders schweren Fällen der Geiselnahme (Art. 185 Ziff. 3 StGB), bei Völkermord (Art. 264 StGB) und in schweren Fällen von Angriffen auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft (Art. 266 Ziff. 2 Abs. 2 StGB).

mord<sup>260</sup> beschränkt. So ist sie etwa auch bei Entführung<sup>261</sup>, sexueller Nötigung<sup>262</sup>, qualifiziertem Raub<sup>263</sup>, qualifizierter Brandstiftung<sup>264</sup> oder qualifizierter Bestechung<sup>265</sup> vorgesehen. Die zeitige Freiheitsstrafe kennt keine Höchstgrenze, es existieren Strafdrohungen von unbestimmter Länge<sup>266</sup> oder von 50<sup>267</sup>, 40<sup>268</sup> oder 30<sup>269</sup> Jahren, um nur die Gruppe der höchsten zu nennen. Das Gesetz kennt auch erhebliche Strafverschärfungen mit Blick auf die Person des Täters oder die Tatumstände: Die Strafobergrenze eines Gewaltverbrechens erhöht sich um bis zu zehn Jahre, wenn es durch ein Mitglied einer Street Gang begangen wird,<sup>270</sup> und wer verbotene Betäubungsmittel an eine Person unter 21 Jahren abgibt, muss mit einer Verdoppelung der oberen Strafgrenze rechnen.<sup>271</sup> Aber nicht nur die absolute Höhe der angedrohten Strafen ist beeindruckend, sondern auch ihre Höhe mit Blick auf die Tat, auf die sie folgen: So existiert für verurteilte Sexualstraftäter eine Pflicht, sich registrieren zu lassen; wer sie kennt und sich trotzdem nicht um den Registereintrag bemüht, gewärtigt eine Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren (als Alternative ist Busse angedroht),<sup>272</sup> und der gleichen Strafdrohung untersteht, wer Hehlerdienste leistet und (im interstaatlichen Handel) gestohlene Waren verschiebt,<sup>273</sup> einen fremden Pass missbraucht<sup>274</sup> oder an einem Regierungsgebäude einen Schaden von mehr als 1000 Dollar anrichtet.<sup>275</sup> Auch die illegale Einreise ist mit mehrjährigen Freiheitsstrafen belegt.<sup>276</sup> Schliesslich existieren erhebliche Mindeststrafen: Im eben genannten Beispiel der unterlassenen Registrierung droht dem verurteilten Sexualstraftäter eine Minimalstrafe von fünf Jahren (bis zu 30), wenn er ein Gewaltdelikt, z.B. einen Strassenraub unter Drohung mit einem Messer, begeht (wobei diese

260 Title 18 USC § 1091 («Genocide»).

261 Title 18 USC § 1201 («Kidnapping»).

262 Title 18 USC § 2242 («Sexual abuse»).

263 Title 18 USC § 2113 («Bank robbery and incidental crimes»).

264 Title 18 USC § 81 («Arson within special maritime and territorial jurisdiction»).

265 Title 18 USC § 225 («Continuing financial crimes enterprise»).

266 «Any term of years», z.B. in Title 18 USC § 1030(c)(5)(B) («Fraud and related activity in connection with computers») oder Title 18 USC § 1111(b) («Second degree murder»).

267 Title 18 USC § 2251 (qualifizierte Form von «Sexual exploitation of children»).

268 Title 18 USC § 844(f)(2) (chapter 40: «Importation, Manufacture, Distribution and Storage of Explosive Materials»).

269 Title 18 USC § 1959(a)(2) («Violent crimes in aid of racketeering activity»).

270 Title 18 USC § 521 («Criminal street gang»).

271 Title 21 USC § 859(a) («Distribution to persons under age twenty-one»).

272 Title 18 USC § 2250(a) («Failure to register»); vgl. hinten bei Fn. 359.

273 Title 18 USC § 2314 («Transportation of stolen goods, securities, moneys, fraudulent State tax stamps, or articles used in counterfeiting»).

274 Title 18 USC § 1544 («Misuse of passport»).

275 Title 18 USC § 1361 («Government property or contracts»).

276 Title 8 USC § 1326(a) sieht als Grundstrafdrohung zwei Jahre vor, doch erhöht sich der Rahmen auf 10 Jahre bei vorheriger Ausschaffung ([b][4]) oder mittelschwerer strafrechtlicher Vorbelastung ([b][1]) und auf 20 Jahre bei schwerer ([b][2]). Vgl. U.S. v. Medina-Beltran, 542 F.3d 729 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 2008): 46 Monate für illegale Wiedereinreise nach Ausschaffung.

Strafe nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung im Anschluss an diejenige wegen unterlassener Registrierung vollzogen wird).<sup>277</sup> Ebenfalls mindestens fünf Jahre stehen auf dem Besitz von mehr als fünf Gramm Kokainbase,<sup>278</sup> und wer im Bereich des Drogenhandels ein «Continuing Criminal Enterprise» betreibt, nimmt eine Strafe im Minimum von 20 Jahren in Kauf.<sup>279</sup> Im Bereich des verbotenen Waffenbesitzes kommen sogar Mindeststrafen von 30 Jahren vor.<sup>280</sup>

Diese exorbitanten Strafdrohungen sind ein Charakteristikum des Bundesstrafrechts, sie finden sich *für Ersttäter* auf der Staatenebene nicht in gleicher Verbreitung und wohl auch nicht im gleichen Ausmass, wenngleich für schweizerische Begriffe auch die staatlichen Strafandrohungen sich mehr als respektabel ausnehmen.<sup>281</sup> Qualifizierte schwere Körperverletzung etwa ist in Kalifornien mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht.<sup>282</sup> Der Raub wird in zwei Kategorien eingeteilt: first und second degree. First degree robbery liegt vor bei Tatbegehung in einem öffentlichen Verkehrsmittel, einem bewohnten Gebäude oder an einem Geldausgabeautomaten. Wenn mit zwei oder mehr Mittätern in einem bewohnten Gebäude begangen, wird er mit drei, sechs oder neun Jahren Freiheitsstrafe bestraft, sonst mit drei, vier oder sechs Jahren.<sup>283</sup> Auf second degree robbery sind zwei, drei oder fünf Jahre angedroht<sup>284</sup> (dabei ist die mittlere Strafe jeweils das vornormierte «Normalmass», während die tiefere bzw. höhere bei Vorliegen von mildernden bzw. erschwerenden Umständen zum Zug kommt<sup>285</sup>). Strafschärfungen bei besonderen Tatumständen sind auch im staatlichen Strafrecht bekannt: Der Gebrauch einer Feuerwaffe bei der Begehung eines Verbrechens führt, sofern er nicht dessen Bestandteil bildet, zu einer Straferhöhung von drei, vier oder zehn,<sup>286</sup> u.U. auch von zwanzig Jah-

277 Title 18 USC § 2250(c).

278 Title 21 USC § 844(a).

279 Title 21 USC § 848; vgl. hinten Fn. 406.

280 Title 18 USC § 924(C)(1)(A).

281 Ein Blick in die Statistik macht – bei aller Vorsicht der Interpretation statistischer Daten – erwartungsgemäss deutlich, dass (auf der Staatenebene) auch die *ausgesprochen* Strafen hoch sind, Beispiele für 2004: Die *durchschnittliche* Straflänge für vollendete vorsätzliche Tötungsdelikte lag bei 232 Monaten, für Vergewaltigung bei 132, für Raub bei 86, für schwere Formen des Angriffs bei 41, für den Handel von Betäubungsmitteln bei 37 und den Besitz bei 23 Monaten, vgl. MATTHEW R. DUROSE, State Court Sentencing of Convicted Felons 2004 – Statistical Tables, Bureau of Justice Statistics, Table 1.3 (<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/html/scscf04/tables/scs04103tab.htm>).

282 § 205 CPC («Aggravated mayhem»).

283 § 212.5(a) und (b), 213(a)(1) CPC.

284 § 212.5(c), 213(a)(2) CPC.

285 Solche vorgeprägten Strafmasse sind häufig in der kalifornischen Gesetzgebung. Im Fall eines Schuldspruchs durch die jury oder eines guilty plea muss der Richter den Angeklagten zu dem mittleren der drei vorgesehenen Strafmasse verurteilen, ausser es lägen erschwerende (höchstes Strafmass) oder mildernde (tiefstes Strafmass) Umstände vor, § 1170(b) CPC (Neufassung per 1. Januar 2009 aufgrund von *Cunningham v. California*, 549 U.S. 270, 127 S.Ct. 856, 166 L. Ed.2d 856 [2007]).

286 § 12022.5(a) und (b) CPC. Dieser Teil der Strafe ist zudem nach zwingender gesetzlicher Vorschrift konsektiv zu vollziehen, vgl. CPC a.a.O.



ren,<sup>287</sup> und der sexuelle Missbrauch von Kindern, im Grundtatbestand mit drei, sechs oder acht Jahren Freiheitsstrafe bedroht,<sup>288</sup> wird mit zusätzlich neun Jahren bestraft, wenn der Täter das Kind zu dem Zweck der Tatbegehung entführt.<sup>289</sup> Schliesslich sind auch im staatlichen Sanktionenrecht Mindeststrafen zu verzeichnen, etwa 15 Jahre für bestimmte (qualifizierte) Sexualdelikte.<sup>290</sup>

### 3. Rückfallschärfungen, insbesondere *Three Strikes-Gesetze*

Charakteristisch für das staatliche Strafrecht ist eine Fülle von generellen (und in den Voraussetzungen wie im gegenseitigen Verhältnis verwirralichen) Rückfallschärfungen.<sup>291</sup> So wird nach kalifornischem Penal Code bei einer erneuten Verurteilung wegen eines Verbrechens (felony) dessen Strafdauer um ein Jahr verlängert, und zwar für jede früher selbständig verbüsste Strafe; der Rückfall bildet mithin nur den Anlass der Strafschärfung, ihr Ausmass ist durch die Anzahl zurückliegender Taten bestimmt. Handelt es sich bei der neuen Tat um ein Gewaltverbrechen, so beträgt die Verlängerung jeweils drei oder fünf Jahre.<sup>292</sup> Nach expliziter gesetzlicher Anordnung ist diese zusätzliche Strafe im Anschluss an die Grund-Verbrechensstrafe zu verbüssen,<sup>293</sup> und bei einer vorgängigen Verurteilung wegen eines schweren Verbrechens wird der Strafraum für die aktuelle Tat verdoppelt.<sup>294</sup> Sexueller Missbrauch von Kindern führt, nach einer Verurteilung wegen eines (andern) Sexualdeliktes, zu einer fünfjährigen Straferhöhung, bei zwei einschlägigen Vorstrafen liegt die Strafe zwi-

287 § 12022.53(c) CPC.

288 § 288(a) CPC («Lewd or lascivious act»).

289 § 667.8(a), 207(a) CPC.

290 § 667.16 («Felony sex offenses»).

291 Für die Praxis von besonderer Bedeutung sind Rückfallschärfungen beim Fahren in fahruntüchtigem Zustand («Driving under Influence», DUI, Grenzwert in Kalifornien bei 0.08%, § 23152 California Vehicle Code): Auf die Ersttat sind 4 Tage bis 6 Monate Freiheitsentzug im Bezirksgefängnis (county jail) angedroht sowie Busse zwischen 390 und 1000 USD (§ 23536 California Vehicle Code), auf die innert zehn Jahren erfolgende Wiederholungstat zwischen 90 Tagen und einem Jahr sowie die gleiche Busse (§ 23540 California Vehicle Code), auf die innert dem gleichen Zeitraum erfolgende erneute Wiederholung zwischen 120 Tagen und einem Jahr sowie die gleiche Busse (§ 23546 California Vehicle Code), und für alle weiteren Verurteilungen innert der genannten Frist beträgt die Strafraumuntergrenze 180 Tage und ist gegen oben offen, indem schlicht Freiheitsentzug im staatlichen Gefängnis (state prison) angedroht ist (und wiederum die Busse). Die praktische Bedeutung dieser Bestimmungen ist deshalb hoch, weil als Vortaten nicht nur das Fahren in fahruntüchtigem Zustand in Betracht fällt, sondern auch das sog. reckless driving (§ 23103 California Vehicle Code), das ungefähr unserer groben Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Ziff. 2 SVG) entspricht.

292 § 667(a)(1), 667.5(a), (b) und (c) CPC («Prior prison terms; enhancement of prison terms for new offenses»). Näher zu der Bedeutung des Rückfalls im kalifornischen Strafrecht MARKUS D. DUBBER, *The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California's Habitual Criminal Statute*, Stanford Law Review 43 (1990–1991), S. 193–240.

293 Wie Fn. 292.

294 § 667(e)(1) CPC.



schen 15 Jahren und lebenslänglich,<sup>295</sup> und ähnlich verhält es sich bei den übrigen Sexualdelikten als Anlasstat.<sup>296</sup>

Auf Resonanz (und zugleich Ablehnung) bis in Europa sind Rückfallschärfungen in Form von sog. Three Strikes-Gesetzen gestossen.<sup>297</sup> Sie sind in etwa der Hälfte der Staaten<sup>298</sup> wie auch auf Bundesebene in Kraft<sup>299</sup> und umfassen teilweise, entgegen ihrer Bezeichnung, bereits Strafverschärfungen bei der Zweittat («second strike»), wie eben beschrieben. Eines der berüchtigtsten Three Strikes-Gesetze gilt in Kalifornien.<sup>300</sup> Wer zweimal wegen eines gewalttätigen («violent») oder ernsthaften («serious») Verbrechens (felony)<sup>301</sup> verurteilt worden ist, sieht beim dritten Mal einer mindestens 25-jährigen Freiheitsstrafe entgegen.<sup>302</sup> Dabei werden an die Qualifikationen der Vortaten nicht überaus hohe Anforderungen gestellt: Als «gewalttätig» gilt, neben Mord, Raub oder Entführung usw., auch der Einbruch in ein bewohntes Gebäude in Diebstahlsabsicht,<sup>303</sup> und als «ernsthaft» die Abgabe bestimmter Betäubungsmittel an Minderjährige, ungeachtet der Menge.<sup>304</sup> Bei der dritten Straftat entfallen die Voraussetzungen der Gewalttätigkeit und der Ernsthaftigkeit ganz, es gilt nur noch das Erfordernis einer felony-Tat: Eine solche kann auch in minderschweren Delikten ohne Gewaltanwendung bestehen, etwa in dem einmaligen Diebstahl von drei Golfschlägern,<sup>305</sup> in dem zweimaligen von Videokassetten im Gesamtwert von 150 Dollar,<sup>306</sup> in dem Besitz von weniger als einem

295 § 667.51 CPC («Lewd or lascivious acts with children unter age 14; enhancement for prior convictions; term of imprisonment»).

296 § 667.6 CPC.

297 Sie sind auch in den USA selber höchst umstritten, vgl. nur MICHAEL VITIELLO, «Three Strikes: Can We Return to Rationality?», *The Journal of Criminal Law & Criminology* 87 (1996–1997), S. 395–481 (S. 455 ff. zu den Auswirkungen auf Minderheiten wie die African-Americans); DERS., *Reforming Three Strikes' Excesses*, *Washington University Law Quarterly* 82 (2004), S. 1–42; MARKUS D. DUBBER, *Recidivist Statutes as Arational Punishment*, *Buffalo Law Review* 43 (1995), S. 689–724; dafür etwa NAOMI HARLIN GOODNO, *Career Criminals Targeted: The Verdict is In, California's Three Strikes Law Proves Effective*, *Golden Gate University Law Review* 37 (2006–2007), S. 461–485.

298 Übersicht bei VITIELLO, *Rationality* (Fn. 297), S. 463 ff.

299 Title 18 USC § 3559(c).

300 Näher FRANKLIN E. ZIMRING/GORDON HAWKINS/SAM KAMIN, *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California*, New York 2001; DOUGLAS W. KIESO, *Unjust Sentencing and the California Three Strikes Law*, New York 2005; ALEXANDER KÖSTLER-LOEWE, *Strafrecht US-Style: «Three Strikes and You are Out»*, Frankfurt a.M. etc. 2008.

301 Aufzählung der «violent felony crimes» in § 667.5(c) CPC, der «serious felony crimes» in § 1192.7(c) CPC.

302 § 667(e)(2), § 1170.12(c) CPC. Ähnliche Regelung in § 667.7 CPC («Habitual Offenders; felonies involving great bodily injury»).

303 § 667.5(c)(21) CPC.

304 § 1192.7(c)(24) CPC.

305 Felony grand theft, § 489 CPC; *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, 123 S.Ct. 1179, 155 L.Ed.2d 108 (2003).

306 *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, 123 S.Ct. 1166, 155 L.Ed.2d 144 (2003).

Gramm Kokain<sup>307</sup> oder in der verspätete Registrierung als Sexualstraftäter.<sup>308</sup> In den beiden letztgenannten Fällen ist die Verurteilung zu einer Strafe von mindestens 25 Jahren bis lebenslänglich zwar von einem erstinstanzlichen Bundesgericht bzw. vom obersten staatlichen Gericht aufgehoben worden. Doch sind die Versuche gescheitert, diese drakonische Regel vor dem höchsten Gericht der USA zu Fall zu bringen oder wenigstens zu mildern; der Supreme Court hat eine Freiheitsstrafe von mindestens 25 Jahren für den Golfschlägerdiebstahl bzw. von mindestens 50 Jahren für den Videokassettendiebstahl nicht als ein «cruel and unusual punishment» im Sinne des 8. amendments der U.S. Verfassung betrachtet.<sup>309</sup>

#### 4. *Sentencing Guidelines*

Neben diesen hohen Strafdrohungen zeichnet sich die amerikanische Strafrechtspflege durch eine weitere Eigenheit mit hohem Einfluss auf die Praxis des plea bargaining aus: die sog. Sentencing Guidelines, ziemlich strikten Vorgaben für die Strafzumessung im Einzelfall. Sie sind in etwa der Hälfte der Staaten<sup>310</sup> sowie im Bund<sup>311</sup> bekannt und stellen, soweit es diesen betrifft, die «Überreste des fehlgeschlagenen Versuchs einer grossen Reform des Bundes-

307 Banyard v. Duncan, 342 F.Supp. 2d 865 (United States District Court for the Central District of California, 2004).

308 Vgl. hinten bei Fn. 359; People v. Carmony, 33 Cal. 4th 367, 92 P.3d 369, 14 Cal.Rptr.3d 880 (Supreme Court of California, 2004).

309 Wie Fn. 305 f. Im Andrade-Fall ging es formal um die Frage, ob die Entscheidung der Vorinstanz, die eine solche Verletzung des 8. Amendments der Verfassung festgestellt hatte (Andrade v. Attorney General of State of California, 270 F.3d 743 [United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 2001]), einen Widerspruch zu klarerweise geltendem Bundesrecht («clearly established Federal law») darstellt, Title 28 USC § 2254(d)(1). – Aussergewöhnlich an dem Fall waren zwei Dinge: Erstens haben die beiden Diebstähle nur deshalb das Erfordernis eines Verbrechens (felony) als Anlasstat erfüllt, weil der Angeklagte bereits zuvor wegen burglary verurteilt worden ist. An sich hätten sog. petty thefts vorgelegen, geringfügige Diebstähle, die nur ein Vergehen darstellen (misdemeanour, §§ 487c–488 CPC). Erfolgt eine Verurteilung wegen petty theft jedoch nach einer ersten Verurteilung wegen burglary, einem Verbrechen (felony), so gilt auch der geringfügige Diebstahl als Verbrechen (§ 666 CPC), sofern sich der Staatsanwalt, was in seinem Ermessen liegt, zu der Verfolgung als Verbrechen entschliesst. Daran wird ein grundlegender innerer Wertungswiderspruch der Three Strikes-Regelung deutlich: Ein petty theft als zweite Verurteilung eröffnet beim dritten Mal den Bereich von Three Strikes, wenn die erste Tat ein burglary darstellt, nicht aber bei murder als Ersttat. Zweitens kam im Fall von Andrade die gesetzliche Regel von § 667(c)(6) CPC zur Anwendung, wonach zwei Anlassdelikte zweimal den Three Strikes-Mechanismus auslösen und die dafür ausgesprochenen Strafen hintereinander (consecutively) zu vollziehen sind. – Vgl. auch Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957, 111 S.Ct. 2680, 115 L.Ed.2d 836 (1991; keine grausame und unübliche Bestrafung bei lebenslanger Freiheitsstrafe für Ersttäter ohne die Möglichkeit vorzeitiger Entlassung für den Besitz von 672 Gramm Kokain).

310 Z.B. in Alaska, Florida, Michigan, Minnesota, Pennsylvania, Utah oder Washington. Kalifornien kennt keine Sentencing Guidelines.

311 Federal Sentencing Guidelines.

strafrechts» dar.<sup>312</sup> Erlassen hat sie nicht etwa der Bundesgesetzgeber, sondern die mit dem Comprehensive Crime Control Act<sup>313</sup> 1984 geschaffene United States Sentencing Commission (USSC), eine unabhängige Kommission der Justiz mit sieben stimmberechtigten Mitgliedern.<sup>314</sup> Die Federal Sentencing Guidelines verkörpern das Strafzumessungsrecht auf Bundesebene, das mit dem Scheitern der genannten Reform aus dem Federal Criminal Code herausgelöst und im Federal Sentencing Guidelines Manual untergebracht wurde.<sup>315</sup>

Zum Verständnis der Federal Sentencing Guidelines gehört die grobe Kenntnis ihrer Vorgeschichte. Bis in die 60er-Jahre des vorigen Jahrhunderts war die amerikanische Strafpraxis vom System des sog. indeterminate sentencing beherrscht. Der Begriff hat eine Doppelbedeutung, wobei beide von ihnen gleichermaßen seinen Gegenstand kennzeichnen.<sup>316</sup> Zum einen wird er, schweizerischer Auffassung vertraut, für ein Strafsystem verwendet, in dem der Gesetzgeber keine fixen Strafsätze auf bestimmte Taten androht,<sup>317</sup> sondern nur Strafrahmen festlegt und derweise den Strafbehörden (Staatsanwaltschaft beim plea bargaining und Gericht beim Strafausspruch) breites Ermessen einräumt, innerhalb dieses Rahmens die dem Einzelfall angemessene Strafe zu finden.<sup>318</sup> Zum andern gilt als indeterminate sentencing auch die Perpetuierung der nur rahmenmässig abgesteckten Straflänge von der gesetzgeberischen in die richterliche Entscheidung: Das Gericht legte in dem Urteil nur ein Mindest- und/oder ein Höchstmass der Strafe fest.<sup>319</sup> Die exakte Bestimmung des Strafmasses lag nicht (mehr) in richterlicher Hand, sondern war einer Administrativbehörde übertragen, dem sog. parole board. Der Transfer der Strafrahmen-

312 DUBBER, Einführung (Fn. 117), S. 24.

313 Gleichbedeutend auch Sentencing Reform Act genannt.

314 Title 28 USC § 991 ff.; näher zur USSC MARKUS B. ALDER, Die Strafzumessungsrichtlinien der USA in ihrem Kontext mit Plea Bargaining, Diss. Bern 2001, Frankfurt a.M. etc. 2001, S. 84 ff. – Der Supreme Court hat diese Übertragung gesetzgeberischer Befugnisse aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht beanstandet, *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 109 S.Ct. 647, 102 L.Ed.2d 714 (1989).

315 Ausführlich zu den guidelines ALDER (Fn. 314), passim; FRANK MEYER, Gesprengte Ketten? Zur Zukunft des Guidelines Sentencing im US-amerikanischen Strafzumessungsrecht, ZStW 2006, S. 513–546. Zur Kritik ALBERT W. ALSCHULER, Disparity: The Normative and Empirical Failure of the Federal Guidelines, *Stanford Law Review* 58 (2005–2006), S. 85–117. – Zum Zusammenhang mit dem plea bargaining JEFFREY STANDEN, Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines, *California Law Review* 81 (1993) S. 1471–1538.

316 ALDER (Fn. 314), S. 75 f.

317 Wie der kalifornische, der häufig ein «Normalstrafmass» sowie je eines für mildernde und schärfende Umstände vorsieht, vgl. vorne Fn. 285.

318 Insofern lässt sich auch das schweizerische System als eines des «indeterminate sentencing» bezeichnen.

319 Nimmt man den Begriff «indeterminate sentencing» beim Wort, so fällt darunter auch das Aussprechen einer zeitlich unbestimmt langen Freiheitsstrafe als solchen, ohne Mindest- und/oder Höchstgrenze. Doch war dem amerikanischen Strafrecht diese extreme Form von indeterminate sentencing nie bekannt (näher GEORG FISHER, Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America, Stanford 2003, S. 182 Fn. 26 [S. 321]), und insofern ist der Begriff irreführend.

entscheidung vom Gesetzgeber auf den Richter fand seine Entsprechung im Transfer der Strafzumessungsentscheidung (und damit der Ermessensausübung) vom Richter auf die Vollzugsbehörde. Sie bestimmte den Zeitpunkt der (bedingten) Entlassung, und zwar je nach den Fortschritten des Gefangenen, der fortan für bestimmte Zeit unter der Kuratel eines parole officers stand.<sup>320</sup>

Ab etwa 1960 versuchte man, das System des indeterminate sentencing zurückzudrängen. Es führte – Hauptgrund dieser Bemühungen – zu massiven Rechtsungleichheiten in den Straflängen für gleich schwere Taten;<sup>321</sup> das galt unabhängig davon, ob das exakte Strafmass vom Gericht selber oder von der Vollzugsbehörde bestimmt wurde.<sup>322</sup> Zugleich herrschte die Ansicht vor, dass die bis dato ausgesprochenen Strafen insgesamt zu niedrig seien; auch diesem «Übelstand» sollte durch formalisierte Strafzumessungsvorgaben abgeholfen werden. Die Federal Sentencing Guidelines sind als Versuch zu betrachten, die Strafzumessung auf eine einheitliche Grundlage zu stellen, (nicht begründbare) Ungleichheiten in den Strafmassen zu beseitigen<sup>323</sup> und die Straflängen zu erhöhen. Das machte es nötig, den Prozess der Strafzumessung radikal zu vereinfachen und auf ein mathematisch fassbares Modell zurückzuführen. In diesem Modell sind zwei Faktoren für die konkrete Strafhöhe ausschlaggebend (und damit alle anderen prinzipiell ohne Belang): das Gewicht der Straftat sowie die «kriminelle Vergangenheit» des Täters.<sup>324</sup>

Die United States Sentencing Commission hat jeder im United States Code (USC) verzeichneten Grundform einer strafbaren Handlung einen in einer Zahl ausgedrückten Schweregrad zugewiesen (base offense level, 1–43); in ihm zeigt sich, für wie gravierend die Kommission ein Delikt im Allgemeinen hält.<sup>325</sup> Dieser base offense level bildet den Ausgangspunkt für die Zumessung der Strafe im Einzelfall. Er kann beim Vorliegen von strafmildernden oder straf-

320 Daran lässt sich unschwer der straftheoretische Hintergrund des in dieser Form geübten indeterminate sentencing erkennen, das rehabilitative Ideal, näher MEYER (Fn. 315), S. 514; GORAN MAZZUCHELLI, *Il tempo per punire*, Diss. Bern 1999, S. 38.

321 Grundlegend MARVIN FRANKEL, *Criminal Sentences: Law without Order*, New York 1973.

322 In diesem letzten Fall führte das indeterminate sentencing zudem zu einer Machtballung bei der entscheidungsbefugten Entlassungsbehörde. Weitere Gründe für die Zurückdrängung des indeterminate sentencing bei ALDER (Fn. 314), S. 76 f.; SALTZBURG/CAPRA (Fn. 184), S. 1464.

323 Vgl. Title 28 USC § 991(b): «The purposes of the United States Sentencing Commission are to (1) establish sentencing policies and practices for the Federal criminal justice system that (B) provide certainty and fairness in meeting the purposes of sentencing, avoiding unwarranted sentencing disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar criminal conduct while maintaining sufficient flexibility to permit individualized sentences when warranted by mitigating or aggravating factors not taken into account in the establishment of general sentencing practices.» Kritisch zum Erfolg dieses Vorhabens ALSCHULER, *Disparity* (Fn. 315), S. 89 ff.

324 Vgl. die in Anhang III abgedruckte Sentencing Table der United States Sentencing Commission.

325 Beispiele: Second degree murder ist unter 38 eingereiht (§ 2A1.2. USSG), fahrlässige Tötung (involuntary manslaughter) unter 12 (§ 2A1.4.–USSG), Raub (robbery) unter 20 (§ 2B3.1. USSG). Bei unerlaubtem Besitz von Heroin oder Kokainbase hängt der Level weitgehend von der Menge ab und beläuft sich auf 38 bis 8 (§ 2D1.1. und 2D2.1. USSG).

schärfenden Umständen gegen unten oder gegen oben angepasst werden,<sup>326</sup> woraus sich die definitive Tatschwere ergibt.<sup>327</sup> Sie geht aus der vertikalen Achse des Strafzumessungsrasters (sentencing table, Anhang III) hervor und wird kombiniert mit der zweiten Variablen, der strafrechtlichen Vergangenheit des Täters. Grundlage dafür bildet Title 18 USC § 3553(a)(1), der diese Kategorie explizit als strafzumessungsrelevant bezeichnet, weil, nach Auffassung der USSC, ein vorbestrafter Täter grössere Schuld auf sich lade als ein Ersttäter und deshalb eine längere Strafe verdient habe.<sup>328</sup> Das sentencing table unterteilt die strafrechtliche Vergangenheit in sechs Schwerekategorien. Sie repräsentieren, vereinfacht gesagt, die Dauer und Anzahl der Freiheitsstrafen aus früheren Verurteilungen, deren zeitliche Distanz zur vorliegenden Tat sowie eine allfällig noch andauernde staatliche Aufsicht zur Zeit der Tatbegehung.<sup>329</sup> Die Strafen-vorbelastung ist auf der horizontalen Achse des Strafzumessungsrasters abgebildet. Sind das offence level und die criminal history (mit Hilfe des probation officers) ermittelt, ist auf dem Strafzumessungsraster das Feld zu finden, wo sich die vertikale und die horizontale Linie treffen. In diesem Feld ist eine Unter- und eine Obergrenze in Monaten Freiheitsstrafe bezeichnet; damit steht der Rahmen fest, innerhalb dessen die Strafe zuzumessen ist.<sup>330, 331</sup> Unter be-

326 Auch solche Anpassungen sind in ihrem Ausmass durch Zahlen festgelegt. Sie finden sich zum einen als «specific offense characteristics» beim jeweiligen Tatbestand, zum andern als «adjustments» im 3. Kapitel der USSG, wo allgemeine Strafmilderungen bzw. -schärfungen geregelt sind, etwa für die Mitwirkung nur als Gehilfe (Senkung um 4 bzw. 2 Einheiten, § 3B1.2. USSG) oder bei Tatbegehung zum Nachteil eines besonders verletzlichen Opfers oder eines Beamten (Erhöhung um 2 bzw. 3 Einheiten, § 1A1.1. und 2. USSG).

327 Beim Raub etwa wird das base offense level um 2 Punkte erhöht, wenn es sich um eine Bank oder Poststelle handelt, wenn dem Opfer der Tod angedroht oder es verletzt wird oder die Beute mehr als 50 000 Dollar beträgt. Bei Tatbegehung mit Schussabgabe erfolgt eine Erhöhung um 7 Einheiten, wenn die Waffe nur zur Drohung eingesetzt wurde um 5. Das Unrechtsniveau der fahrlässigen Tötung wird auf 22 erhöht, wenn die rücksichtslose Benutzung eines Transportmittels (Auto) im Spiel war.

328 Vgl. § 4A USSG, Criminal History, Introductory Commentary. – Dieses in den USA kaum bestrittene Axiom hat bei uns allen Kredit verloren, wie die mit der Revision des Sanktionenrechts per Anfang 2007 erfolgte Abschaffung der Rückfallschärfung (aArt. 67 StGB) zeigt.

329 Probation, parole, supervised release etc. (§ 4A.1.1.[d] USSG).

330 Zwei Beispiele: Der Angeklagte besass nach den Feststellungen der jury 50g Kokainbase (Crack), das er verkaufen wollte, was nach Title 21 USC § 841(a)(1) einen «unlawful act» darstellt, der nach Title 21 USC § 841(b)(1)(A)(iii) mit einer Strafe zwischen mindestens zehn Jahren bis lebenslänglich bedroht ist. Für die Ermittlung des Strafrahmens sieht § 2D1.1.(a)(3) dafür ein offense level von 30 vor (im Vergleich dazu ist das offense level bei Kokain mit 16 geradezu milde), das sich infolge zweier «specific offense characteristics» (vorne Fn. 326) um 4 Einheiten auf 34 erhöhte. Die strafrechtliche Vergangenheitsbelastung belief sich im konkreten Fall auf IV, so dass der Rahmen für die Strafzumessung 210–262 Monate betrug (United States v. Booker, 543 U.S. 220, 125 S.Ct. 738, 160 L.Ed.2d 621 [2005]; vgl. das Strafzumessungsraster in Anhang III). – Raubüberfall auf Geldtransporter (Title 18 USC § 1951; Strafdrohung Geldstrafe oder Freiheitsstrafe nicht über 20 Jahre, oder beides), Schuss in Pneu zur Anhaltung des Fahrzeugs und zur Einschüchterung des Fahrers, Beute 260 000 Dollar, Niederschlagen eines hilfeleistenden Passanten, zwei Vorstrafen von 16 und 7 Monaten Freiheitsstrafe: Basic offense level für robbery = 20 (§ 2B3.1.[a] USSG); Erhöhung des offense levels um 7 Ein-



sonderen Umständen kommt es zu einer Strafraumenverschiebung und der Richter kann vom Regelstrafrahmen gegen oben oder unten abweichen (sog. departures<sup>332</sup>), etwa bei Unterstützung der Strafverfolgung durch den Verurteilten in einem anderen Strafverfahren,<sup>333</sup> bei verminderter Schuldfähigkeit<sup>334</sup> (jeweils gegen unten) oder bei Tatbegehung zum Zweck der Erleichterung oder Verdeckung einer anderen Tat (gegen oben).<sup>335</sup> Solche departures sind in der Praxis freilich selten,<sup>336</sup> auch deshalb, weil sie eigens zu begründen sind, was ihre Heranziehung aufwendig macht. So bezeichnet das Strafzumessungsraster 258 Strafbereiche, deren jeder einzelne sich aus der Kombination einer der 43 Tatschwerekategorien mit einer der 6 Vorbelastungskategorien ergibt. Dabei ist die Obergrenze der Strafbereiche jeweils so definiert, dass sie nicht mehr als sechs Monate oder 25 % (ausschlaggebend der höhere Wert) über der Untergrenze liegt; wird das offense level um sechs Punkte erhöht, ergibt sich ungefähr eine Verdoppelung des Strafraumens.<sup>337</sup>

Bis vor ganz kurzem sind diese Strafraumen infolge der Vorschrift von Title 18 USC § 3553(b) und vorbehaltlich der departures völlig einmütig als zwingende Regeln betrachtet worden; die Federal Sentencing Guidelines waren, entgegen ihrer Bezeichnung, nicht blosse Richtlinien, sondern obligatorisch zu beachtende Vorschriften der Strafzumessung im Einzelfall.<sup>338</sup> Eine Strafe, die, wörtlich und bildlich, gegen oben oder unten «aus dem Rahmen fiel», hatte vor der Berufungsinstanz keinen Bestand. Anfang 2005 hob indes der Supreme

---

heiten infolge Schussabgabe (§ 2B3.1.[b][2] USSG), Erhöhung um weitere 2 Einheiten infolge Niederschlagen des Helfers (§ 2B3.1.[b][3][A] USSG, Bodily Injury), um weitere 3 Einheiten, weil mehr als 250 000 Dollar Beute (§ 2B3.1.[b][7][D] USSG), offense level = 32. Für die Vorstrafenbelastung ergeben sich 3 Punkte für die 16-monatige Freiheitsstrafe (§ 4A1.1.[a] USSG) und 2 für die 7-monatige (§ 4A1.1.[b] USSG), 5 Punkte entspricht der Vorstrafenkategorie III. Die Kombination von offense level 32 und criminal history III führt zu 151–188 Monaten Freiheitsstrafe (vgl. das Strafzumessungsraster in Anhang III).

331 In seltenen Fällen kann es vorkommen, dass eine im USC vorgesehene zwingende Mindeststrafe höher ist als das nach dem Strafzumessungsraster ermittelte Strafmaximum. Dann geht die gesetzliche Vorschrift vor und es ist eine Strafe von der Dauer der Mindeststrafe auszufallen, § 5G1.1.(b) USSG und *United States v. Stoneking*, 60 F.3d 399 (United States Court of Appeals, Eighth Circuit, 1995). Der umgekehrte Fall wird nach dem gleichen Muster gelöst: Übersteigt der untere Rand der nach dem Strafzumessungsraster der sentencing guidelines ermittelten Strafe ein gesetzlich vorgesehenes Strafmaximum, bildet dieses unmittelbar die guideline sentence, § 5G1.1.(a) USSG und *Edwards v. United States*, 523 U.S. 511, 118 S.Ct. 1475, 140 L.Ed.2d 703 (1998).

332 Title 18 USC § 3553(e).

333 § 5K1.1. USSG (Substantial Assistance to Authorities).

334 § 5K2.13. USSG (Diminished Capacity). Das materielle Bundesstrafrecht behandelt die verminderte Schuldfähigkeit nicht als Schuldminderungsgrund, vielmehr ist sie (allein) in den sentencing guidelines als Strafzumessungselement angesprochen, dessen Berücksichtigung dem Richter (bzw. dem Staatsanwaltschaft im Rahmen des plea bargaining) zudem freigestellt ist.

335 § 5K2.9. USSG (Criminal Purpose).

336 Vgl. *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), 125 S.Ct. 738 (2005), 160 L.Ed.2d 621 (2005).

337 ALDER (Fn. 314), S. 25 f.

338 Vgl. nur SALTZBURG/CAPRA (Fn. 184), S. 1436.



Court dieses Axiom mit der Booker-Entscheidung<sup>339</sup> aus den Angeln und erklärte Teile der Federal Sentencing Guidelines für unvereinbar mit dem Sixth Amendment der Verfassung.<sup>340</sup> Die Begründung hängt mit dem jury-System zusammen: Das Recht auf ein jury-Verfahren wird verletzt durch guidelines, die dem sentencing judge im Rahmen der Strafzumessung vorschreiben, deren obere Begrenzung zu überschreiten, und zwar gestützt auf Tatsachen, die nicht zugestanden (plea of guilty) oder von der jury «beyond a reasonable doubt» festgestellt sind (sondern von ihm selber nach dem geringeren Beweismass der «preponderance of evidence»). In dem Ausmass, wie die guidelines für diesen Fall eine obligatorische Strafrahmenerhöhung vorsehen, sind sie verfassungswidrig; dies betrifft zur Hauptsache die §§ 3553(b)(1) und 3742(e) von Title 18 USC.<sup>341</sup> Für unsere Zwecke ist die Folgerung aus diesem Befund von Belang: Entweder verbieten sich künftig Erhöhungen auf der Grundlage von Tatsachen, die nicht von der jury in dem dafür vorgesehenen Beweisstandard erstellt worden sind; oder die Federal Sentencing Guidelines sind nicht mehr als zwingende Vorschriften zu betrachten. Der Supreme Court, und das ist die für das plea bargaining wesentliche Aussage, hat den zweiten Weg gewählt: Die Federal Sentencing Guidelines werden ihrem Begriff gerecht und schwächen sich ab zu «beratenden» («advisory») Richtlinien bei der Strafzumessung; diese darf sich künftig auch auf die andern gesetzlich vorgesehenen Faktoren stützen, insbesondere diejenigen von Title 18 USC § 3553(a).<sup>342</sup> Die Booker-Entschei-

339 Zit. vorne in Fn. 330 und 336.

340 «In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense».

341 Darin lag die Weiterführung der Linie, die mit den Entscheidungen Apprendi und Blakely bereits vorgezeichnet war, vgl. vorne Fn. 217; dieser Teil der Entscheidung wird in der Literatur meistens als «Booker I» bezeichnet («Booker II» ist den Folgen dieses Befundes gewidmet, dazu sogleich).

342 Title 18 USC § 3553(a) sieht in (4) die Anwendung der Federal Sentencing Guidelines vor, beschränkt die Strafzumessung indessen nicht darauf, sondern will die folgenden weiteren Faktoren berücksichtigt wissen:

«(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence. – The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider –

(1) the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;

(2) the need for the sentence imposed –

(A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense;

(B) to afford adequate deterrence to criminal conduct;

(C) to protect the public from further crimes of the defendant; and

(D) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;

(3) the kinds of sentences available».

dung ist auf herbe Kritik gestossen<sup>343</sup> und hat eine Unzahl von Reaktionen und Stellungnahmen ausgelöst.<sup>344</sup> Ihre praktische Bedeutung ist gross,<sup>345</sup> doch lässt sich derzeit ihre Tragweite erst schwer verlässlich abschätzen. Angesichts der konkretisierenden Nachfolgeentscheidungen des Supreme Court scheint indessen das tatrichterliche Ermessen in der Strafzumessung im Vergleich zur «Vor-Booker-Ära» tatsächlich ausgeweitet und dasjenige der Berufungsinstanz eingeschränkt.<sup>346</sup> Nach wie vor aber bleibt der mathematisch zu ermittelnde Rahmen die zwingend zu beachtende Ausgangslage der Strafzumessung und ein recht verlässlicher Prädiktor für die breite Palette der «Normalfälle».

Damit ist der Rahmen für das plea bargaining umrissen. Es spielt sich ab vor einem Hintergrund zweier ineinander verzahnter Strafrechtssysteme mit je weitreichenden Unrechtsmaterien, hohen Strafandrohungen und strenger Strafpraxis. Für die Strafverfolgung, wie sie sich in den USA überwiegend versteht, stellen diese Startbedingungen im Prozess des Aushandelns einer konkreten Strafe einen gewaltigen Vorteil dar. Zugleich machen sie deutlich, dass bei der Übertragung amerikanischer plea bargaining-Erfahrungen auf das schweizerische Modell insofern Vorsicht geboten sein wird, als jene mit dem doch sehr disparaten materiellrechtlichen Hintergrund verknüpft sind. Dabei sind allfäll-

343 Sie leidet in der Tat an einem inneren Widerspruch: Einerseits betont «Booker I» die Bedeutung des verfassungsmässigen Rechts auf ein jury trial, andererseits versäumt es «Booker II», dieses Recht dadurch abzusichern, dass strafrahmenverändernde Tatsachenfeststellungen zwingend durch die jury getroffen werden müssen; näher MEYER (Fn. 315), S. 535.

344 So gibt die USSC nunmehr vierteljährlich Statistiken heraus, aus denen hervorgeht, in welchem Ausmass die Richter ihre neu gewonnene Freiheit in der Strafzumessung tatsächlich nutzen. – Regierungsseitig sind die Auswirkungen der Booker-Entscheidung auf die Arbeitslast der Bundesgerichte untersucht worden, vgl. Administrative Office of the United States Court, Report on the Impact of the Booker Case on the Workload of the Federal Judiciary, June 2006. – Allein der Bibliotheksverbund WilsonWeb verzeichnet 233 einschlägige Arbeiten (Stand November 2008), vgl. nur LINDSAY C. HARRISON, Appellate Discretion and Sentencing after *Booker*, University of Miami Law Review 62 (2007–2008), S. 1115–1158; JOHN C. RICHTER, How Post-Booker Sentencing Threatens Equal Justice under the Law, Federal Sentencing Reporter 20 (2008), S. 340–342; DAVID C. HOLMAN, Death by a thousand cases: after Booker, Rita, and Gall, the Guidelines still violate the Sixth Amendment, William and Mary Law Review 50 (2008), S. 267–309; MEYER (Fn. 315), S. 535 f., alle m.w.N.

345 Pro Woche werden von den Bundesstrafgerichten ca. 1200 Strafzumessungen vorgenommen (Angabe des Regierungsvertreters in der mündlichen Verhandlung von «Booker» vor dem U.S. Supreme Court). Dazu kommt, innert bestimmter Grenzen, die rückwirkende Kraft einer solchen Verfassungsentscheidung: Dem U.S.-Prozessrecht sind unsere Begriffe von formeller und materieller Rechtskraft fremd (SCHMID, Strafverfahren [Fn. 117], S. 90, 99 f.; vorne II.3.). Deshalb kam es zu einer Art «Generalaufrölung» von Entscheidungen, die in der «prä-Booker-Ära» in strikter Anwendung der Federal Sentencing Guidelines ergangen waren. Der Supreme Court selber wies zudem noch am Tag der Booker-Entscheidung etwa 400 bei ihm hängige Fälle an die Vorinstanzen zurück, und Tausende von Gefängnisinsassen reichten Appellationen oder habeas corpus-Anträge ein mit der Begründung, ihre Strafe müsse unter Berücksichtigung der Booker-Entscheidung geringer ausfallen (vgl. Administrative Office [Fn. 344], S. 2 f.).

346 Rita v. United States 127 S.Ct. 2456, 168 L.Ed.2d 203 (2007); Claiborne v. United States, 127 S.Ct. 551, 166 L.Ed.2d 406 (2007); Gall v. United States, 128 S.Ct. 586, 169 L.Ed.2d 445 (2007); MEYER (Fn. 315), S. 536 ff.

lige Unterschiede im Prozessrecht selber noch nicht einmal namhaft gemacht; sie sollen nun im Rahmen des plea bargaining zur Sprache kommen.

#### IV. Plea Bargaining

##### 1. Formen und Verfahren

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist, nicht anders als bei uns, die streitige Hauptverhandlung, ein «place of a noble clash for truth»,<sup>347</sup> zum Ausnahmemodell der Strafrechtspflege geworden. Die grosse Mehrzahl von Strafprozessen (ca. 90%)<sup>348</sup> durchläuft nicht die Phase der Beweisaufnahme zur Feststellung von Täterschaft und Tatbestandserfüllung, der anschliessenden Plädoyers und der gerichtlichen Beratung (zum Schuldpunkt). Dieser Verfahrensabschnitt einer streitigen Gerichtsverhandlung (trial) wird zumeist substituiert,<sup>349</sup> und zwar

347 FISHER (Fn. 319), S. 1.

348 Die Angaben variieren: (etwa) 90% (bei ALBERT W. ALSCHULER, The Prosecutor's Role in Plea Bargaining, University of Chicago Law Review 36 [1968–1969], S. 50–112, S. 50 [zit. Prosecutor]; LAFAYETTE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 968; SCHMID, Strafverfahren [Fn. 117], S. 59; THOMAS WEIGEND, Anklagepflicht und Ermessen, Baden-Baden 1978, S. 97 [zit. Anklagepflicht]), 90–95% (bei JOSEPH A. COLQUITT, Ad Hoc Plea Bargaining, Tulane Law Review 75 [2001], S. 695–776, S. 700), 94% (bei ALBERT W. ALSCHULER, The Trial Judge's Role in Plea Bargaining, Part I, Columbia Law Review 76 [1976], S. 1059–1154, S. 1063) bis zu 95% (bei MICHAEL M. O'HEAR, Plea Bargaining and Procedural Justice, Georgia Law Review 42 [2008], S. 407–469, S. 409; MATTHEW R. DUROSE/PATRICK A. LANGAN, Felony Sentences in State Courts 2004, Bureau of Justice Statistics, Bulletin July 2007, S. 1–4, S. 2). Für felony trials findet sich sogar die Zahl von 99% (JOHN H. LANGBEIN, Torture and Plea Bargaining, University of Chicago Law Review 46 [1978–1979], S. 3–22, S. 9 [zit. torture]). Die Varianz hängt damit zusammen, dass es sich bei den genannten Zahlen teilweise um (geschätzte) Durchschnittsangaben des gesamten erstinstanzlichen Gerichtsteppichs der USA handelt, teilweise aber um konkrete Untersuchungen aus einzelnen Gerichtsbezirken; das erklärt auch, weshalb in einzelnen Fällen die Angaben erheblich tiefer liegen können: dort, wo sie Auskunft über die plea bargaining-Rate in einem einzelnen Gerichtsbezirk geben; weiteres Zahlenmaterial bei GERSON TRÜG, Erkenntnisse aus der Untersuchung des US-amerikanischen plea bargaining-Systems für den deutschen Absprachendiskurs, ZStW 2008, S. 331–374, S. 342. – Zahlen für Kalifornien für die Periode 2006–07, felony-Strafsachen: insgesamt erledigt 214 833, davon Fälle von guilty pleas vor der Verhandlung 162 748, andere Erledigungsarten vor der Verhandlung 45 549 (inkl. Einstellungen und Transfer in andere Gerichtsbezirke). In 628 Fällen kam es zu einer Beurteilung durch das Gericht (court), in 5908 zu einer solchen durch die jury. Mit andern Worten: Nur in 2.75% (knapp 6000 von deutlich über 200 000) aller felony-Fälle stand am Ausgang des Verfahrens ein Urteil einer jury, und 75.75% der Fälle wurden via guilty plea erledigt (2008 Court Statistics Report, Statewide Caseload Trends, 1997–1998 Through 2006–2007, Judicial Council of California, San Francisco 2008, S. 117, Table 8a). – Auf Bundesebene sind vor den Federal District Courts im Jahr 2007 von 78 861 Verurteilungen deren 75 949 aufgrund eines plea of guilty oder eines plea of nolo contendere erfolgt, mithin über 96% (Sourcebook of criminal justice statistics Online, Table 5.22.2007, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222007.pdf>); s. auch ALSCHULER, Disparity (Fn. 315), S. 112: 97%ige guilty plea-Rate in Bundesstrafsachen.

349 Ebenfalls wie in den Lehrbüchern zum schweizerischen Strafprozessrecht stellt freilich auch in den USA die streitige Hauptverhandlung mit all ihren Garantien nach wie vor dasjenige Modell von criminal justice dar, das den einschlägigen Darstellungen zugrunde liegt. Das gilt sowohl

durch ein sog. guilty plea (Geständnis<sup>350</sup>), zu dessen Ablegung sich der Angeklagte<sup>351</sup> meistens (aber nicht immer) als Gegenleistung zu gewissen Zugeständnissen der Anklage entschliesst. Dieser Austausch, Geständnis gegen Zugeständnis, und sein Ergebnis werden plea bargaining genannt. Das Schrifttum prophezeit ganz überwiegend, dass ohne dieses verfahrensverkürzende Instrument und bei stabil bleibenden Fallzahlen das amerikanische Strafjustizsystem zum Erliegen kommen würde.<sup>352</sup> Dabei werden verschiedene Formen von plea bargaining unterschieden<sup>353</sup> (die Unterscheidung bezieht sich alleine auf die

---

für die in den USA eher seltenen Lehrbücher zum Thema (vgl. DRESSLER/MICHAELS [Fn. 214], S. 143 ff.; LAFAVE/ISRAEL/KING [Fn. 145], S. 1032 ff.; LAFAVE/ISRAEL/KING/KERR [Fn. 145], vol. 6, S. 1 ff.; RICHARD G. SINGER, *Criminal Procedure II: From Bail to Jail*, New York 2005, S. 141 ff.; CHARLES H. WHITEBREAD/CHRISTOPHER SLOBOGIN, *Criminal Procedure, An Analysis of Cases and Concepts*, 5th ed., New York 2008) wie auch für die verbreiteten aufbereiteten Fallsammlungen, verfassungsrechtlich ausgerichteten casebooks zum Strafprozessrecht (vgl. etwa SALTZBURG/CAPRA [Fn. 184], S. 1083 ff.; RONALD N. BOYCE/DONALD A. DRIPPS/ROLLIN M. PERKINS, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, 10th ed., New York 2007; JAMES B. HADDAD/ELISABETH P. MARSH/JAMES B. ZAGEL/LINDA R. MEYER/GARY L. STARKMAN/WILLIAM J. BAUER, *Criminal Procedure: Cases and Comments*, 6th ed., New York 2003; PHILLIP E. JOHNSON, *Cases and materials on criminal procedure*, 3rd ed., St. Paul (MN) 2000; YALE KAMISAR/WAYNE R. LAFAVE/JEROLD H. ISRAEL/NANCY J. KING, *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions*, 10th ed., St. Paul (MN) 2002; RUSSELL L. WEAVER/LESLIE W. ABRAHAMSON/RODOLPH BACIGAL/JOHN M. BURKOFF/CATHERINE HANCOCK/DONALD E. LIVELY, *Criminal Procedure: Cases, Problems and Exercises*, 2nd ed., St. Paul (MN) 2004; LLOYD L. WEINREB, *Criminal Process: Cases, Comments, Questions*, 7th ed., New York 2004).

350 Die Übersetzung von guilty plea mit «Geständnis» ist unvollkommen, aber es existiert in der deutschen Sprache kein paralleler Begriff: Ein guilty plea ist mehr als ein Geständnis. Es stellt nicht bloss die Anerkennung eines bestimmten historischen Tatsachenbestandes dar, sondern auch das Einverständnis des Angeklagten, auf ein eigentliches Erkenntnisverfahren (vor einer jury oder einem Einzelrichter) und damit auf sein verfassungsmässiges right to trial und alle damit verbundenen Rechte (U.S. Const. amend. VI) zu verzichten.

351 Genauer: sein Verteidiger. Plea bargaining ist ein Handel zwischen Juristen, mit dem Angeklagten selber wird in der Regel nicht verhandelt, er legt nur das Geständnis ab. Näher, auch zum Recht auf einen Verteidiger im Rahmen des plea bargaining, LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 994 ff.; G. NICHOLAS HERMAN, *Plea Bargaining*, Charlottesville 1997, S. 57.

352 Vgl. nur LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 967; SALTZBURG/CAPRA (Fn. 184), S. 1029. Berühmt geworden ist das Diktum des früheren U.S. Supreme Court Chief Justice Burger, der nur schon vor einer spürbaren Reduktion (von der Abschaffung ganz zu schweigen) des plea bargaining gewarnt und deutlich gemacht hatte, welche Auswirkungen, bei einer 90%igen Erledigungsquote durch plea bargaining, er einer Verminderung dieses Anteils um bereits 10% zuschreibt: «A reduction from 90 per cent to 80 per cent in guilty pleas requires the assignment of twice the judicial manpower and facilities – judges, court reporters, bailiffs, clerks, jurors and courtrooms. A reduction to 70 per cent trebles this demand» (WARREN E. BURGER, *The State of the Judiciary – 1970*, *American Bar Association Journal* 56 [1970] S. 929–934, S. 931). Die Frage ist freilich, ob die Voraussetzung stabil bleibender Fallzahlen realistisch ist, was seinerseits davon abhängt, in welchem «Huhn-Ei-Verhältnis» hohe Fallzahlen und plea bargaining stehen, kritisch insofern COLLQUIST, S. 702; SCHULHOFER, *Is Plea Bargaining Inevitable?* *Harvard Law Review* 97 (1983–1984), S. 1037–1107, S. 1040 (zit. *Plea Bargaining Inevitable*); WEIGEND, *Absprachen* (Fn. 115), S. 52.

353 KUHN (Fn. 105), S. 80 f.; SCHMID, *Strafverfahren* (Fn. 117), S. 59.

von der Staatsanwaltschaft erbrachte Leistung, diejenige des Angeklagten ist stets ein und dieselbe: Ablegung eines guilty plea):

- (1) Beim sog. «charge bargaining» geht es um eine Reduktion des Umfangs der Anklage, und zwar entgegen dem vorläufigen Beweisergebnis, wie es sich dem Angeklagten und dem Ankläger zur Zeit der Absprache darstellt.<sup>354</sup> Dabei verspricht dieser, einen oder mehrere (schwerere) Anklagepunkte fallen zu lassen oder anstelle eines schwereren ein minder gewichtiges Delikt einzuklagen,<sup>355</sup> und jener, sich vor Gericht dieser eingeklagten Straftat schuldig zu bekennen (guilty plea). Damit lässt sich erreichen, dass ein Delikt mit einem hohen Strafraumen ausser Betracht fällt und insofern das gerichtliche Ermessen eingeschränkt wird, oder, gerade gegenteilig, dass eines mit einer (hohen) Mindeststrafe entfällt und sich derweise das richterliche Ermessen gegen unten erweitert, etwa wenn das Fallenlassen eines Anklagevorwurfs zum Entfallen einer zwingend vorgesehenen lebenslangen Freiheitsstrafe führt.<sup>356</sup> Weiter ist denkbar, dass ein gesetzlich vorgesehener Ausschluss einer bedingten Verurteilung (probation) auf diese Weise beseitigt werden kann,<sup>357</sup> oder dass sich durch die Anklage wegen eines misdemeanors anstelle eines felony eine Rückfallschärfung umgehen lässt.<sup>358</sup> Schliesslich kommen Folgen des Wegfalls eines Anklagepunktes in Betracht, die nicht unmittelbar den Strafausspruch betreffen, etwa der stigmatisierende und lebenslang jährlich zu erneuernde Eintrag in das Register als Sexualstraftäter (sex offender)<sup>359</sup> oder der als Folge eines Strafurteils mögliche Verlust bestimmter Rechte wie etwa der Wahlfähigkeit für einzelne Ämter.<sup>360</sup> Auf diese Weise lassen sich ganze Anklagekomplexe am Gericht vorbeischleusen, ohne dass dies weiter auffallen würde. Allerdings fehlt es dieser Form des plea bargaining an der (verbindlichen) Festlegung eines konkreten Strafmasses für das eingestandene Delikt, so dass für den Angeklagten angesichts von weiten Strafraumen insofern noch immer ein erhebliches Moment der Unsicherheit fortbesteht.
- (2) Diese Unsicherheit wird weiter abgeschwächt durch eine zweite Form des plea bargaining, das sog. «sentence bargaining».<sup>361</sup> Dabei erstreckt sich das Einverständnis der Beteiligten nicht nur auf den verwirklichten Tatbestand, sondern auch auf die Rechtsfolgende. Der Gegenstand der Absprache

354 Rule 11(c)(1)(A) FRCP.

355 Vgl. nur WEIGEND, Absprachen (Fn. 115), S. 38 f.

356 Vgl. z.B. Title 18 USC § 3559(c).

357 Title 18 USC § 3561 ff.

358 Vgl. vorne die Darstellung der Two and Three Strikes-Gesetze (B.III.3.). Im kalifornischen Recht gibt es zahlreiche solche sog. «wobblers»; dabei steht es im freien Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie das Delikt als felony oder als misdemeanor anklagen will, z.B. § 139 und 140 CPC (Opfer- und Zeugenbedrohung) oder § 461 CPC (second degree burglary).

359 Title 18 USC § 2250; § 290 ff. CPC.

360 LAFAYETTE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 967.

361 Rule 11(c)(1)(B) und (C) FRCP.



kann sehr unterschiedliche Formen annehmen: Möglicherweise verlangt der Staatsanwalt nur eine milde Bestrafung oder etwa die Gewährung der probation. Die Einigung kann sich indessen auch auf Art und Höhe der Sanktion beziehen, etwa dann, wenn der Staatsanwalt keine Einwände gegen die vom Verteidiger verlangte Strafe zu erheben verspricht oder sich gar bereit erklärt, dem Richter die mit dem Angeklagten ausgehandelte Strafe zu beantragen.<sup>362</sup> Hin und wieder wird auch der Richter selber in solche Verhandlungen einbezogen, um einen Anhaltspunkt für seine Bereitschaft zu gewinnen, ein bestimmtes Strafmass in der Strafzumessungsverhandlung «abzusegnen», meistens jedoch spielen sie sich zwischen Anklage und Verteidigung ab, ohne dass die Haltung des Richters zu dem ausgehandelten Ergebnis bereits bekannt wäre. Allerdings kennen erfahrene Strafverfolger oder Verteidiger mit der Zeit «ihre» Richter und sind dadurch regelmässig in der Lage, genehmigungsfähige Verhandlungslösungen vorzuschlagen.

- (3) Schliesslich sind Kombinationen denkbar, etwa so, dass gegen das Geständnis ein oder mehrere Anklagepunkte fallen gelassen werden und der Staatsanwalt dem Gericht in dem oder den verbleibenden Anklagepunkten eine bestimmte Strafe empfiehlt.<sup>363</sup> In allen drei Fällen kann das plea bargaining Ergebnis eines kurzen Austausches zwischen Staatsanwalt und Verteidiger oder aber von längeren Verhandlungen sein. Allerdings stellt ein eigentliches Feilschen um den Inhalt des guilty plea mit einem Hin und Her der Angebote und Gegengebote die Ausnahme dar; die Strafverfolgung sitzt in der Regel am längeren Hebel, so dass dem Angeklagten bzw. seiner Verteidigung meist nur ein Akzept ohne Bedingungen übrig bleibt.<sup>364</sup>

Das plea agreement führt zu einem sofortigen Ende derjenigen Verhandlungsphase, in der es erzielt wird, in aller Regel vor der eigentlichen Verhandlung (trial). Mit ihm verbunden ist, aus der Perspektive des Verfahrensablaufs, zuallererst der Verzicht des Angeklagten auf eine Beurteilung durch die Geschworenen. Stattdessen treten die Parteien direkt vor den Einzelrichter (court), legen ihm das plea agreement vor, und der Angeklagte legt sein guilty plea ab. Bevor er über dessen Annahme oder Ablehnung entscheidet, hat sich der Richter, nach der Bundesstrafprozessordnung, zu versichern, dass es auf einer realen Grundlage beruht,<sup>365</sup> dass der Angeklagte es freiwillig abgelegt

362 COLQUITT (Fn. 348), S. 702; LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 967.

363 COLQUITT (Fn. 348), S. 702 f.

364 WEIGEND, Absprachen (Fn. 115), S. 38.

365 Sog. factual basis, vgl. Rule 11(b)(3) FRCP. In Kalifornien geschieht dies nur im Falle eines plea of nolo contendere (hier no contest genannt), und zwar auf die Weise, dass der Richter dem Verteidiger die Frage stellt, ob das Geständnis eine reale Grundlage habe, was dieser (er hat es ja mitausgehandelt) sofort bejaht.



hat,<sup>366</sup> dass ihm sein Recht auf ein jury-Verfahren mitsamt all dessen «Nebenrechten»<sup>367</sup> bewusst ist, dass er darauf verzichtet und dass ihm die Maximal- und eine allfällige Mindeststrafe der eingestandenen Straftat bekannt sind.<sup>368</sup> Akzeptiert das Gericht das guilty plea, gelangt das Verfahren (direkt) in die Strafzumessungsphase, wiederum vor dem Einzelrichter, wobei die Strafzumessung in der Regel in einer späteren Verhandlung vorgenommen wird.<sup>369</sup> Verweigert das Gericht die Genehmigung des plea agreement, so hat es dem Angeklagten Gelegenheit zum Rückzug seines guilty plea zu geben,<sup>370</sup> und dieses darf im anschliessenden (jury-)Verfahren nicht verwertet werden.

## 2. *Herkunft und Gründe*

Dreh- und Angelpunkt des plea bargaining bildet das «guilty plea» (Geständnis) samt seinen Wirkungen im Prozess. Die amerikanische Strafjustiz ist darauf in einem Ausmass ausgerichtet, das, bei aller Gegensätzlichkeit der Ausgangspunkte, eigentümlich an den Inquisitionsprozess mit seinen starren Beweisregeln und insbesondere an dessen Rechtssatz «confessio est regina probationum» erinnert.<sup>371</sup> Beide Systeme legen dem Geständnis eine verfahrens-

366 Rule 11(b)(2) FRCP. – Das Erfordernis der Freiwilligkeit hat dem plea bargaining den Vergleich mit der Folter (nachfolgend 1) und dem Inquisitionsprozess überhaupt (nachfolgend 2) eingetragen: 1) Wie im Inquisitionsprozess der Inquirent sein unter Folter abgelegtes Geständnis «freiwillig» zu wiederholen hatte, ist dem Angeklagten, der sich auf das plea bargaining eingelassen hat, die Beteuerung seiner Freiwilligkeit aufgetragen. In beiden Fällen ist die «Freiwilligkeit», wenngleich in unterschiedlichem Ausmass, eingeschränkt, weil bei Bestreiten erneute Folter drohte bzw. ein höheres Strafmass in Aussicht steht, vgl. hinten Fn. 406 und 449 sowie LANGBEIN, *Torture* (Fn. 348), S. 14. – 2) Plea bargaining diskreditiert das akkusatorische Grundgefüge, indem das Urteil nicht nach einem mit (annähernd) gleichen Spiessen geführten Waffengang von einem daran unbeteiligten, beobachtenden Richter gesprochen, sondern, im Ergebnis, von der Strafverfolgung unter Geständnisdruck oktroyiert wird. ALSCHULER hat das plea bargaining deshalb eine «blatant mockery of accusatorial ideals» genannt, die nur schwer zu übertreffen sei (ALBERT W. ALSCHULER, *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System*, *University of Chicago Law Review* 50 [1983], S. 931–1050, S. 1006 [zit. Alternatives]).

367 Sich dabei durch einen Verteidiger vertreten zu lassen, mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und sie ins Kreuzverhör zu nehmen, vor Selbstbezeichnung geschützt zu sein, Zeugnis abzulegen und andere Beweismittel vorzulegen und das Auftreten von (Entlastungs-)Zeugen erzwingen zu können, vgl. Rule 11(b)(1)(C)(D) und (E) FRCP.

368 Rule 11(b)(1)(H) und (I) FRCP. Das kalifornische Recht verlangt auch den Hinweis auf allfällige ausländerrechtliche Folgen für Nicht-US-Bürger wie z.B. Ausweisung aus dem Land oder Ausschaffung, die mit der Verurteilung verbunden sein können, vgl. § 1016.5 CPC.

369 Nur schon deshalb, weil der probation officer, ein Gehilfe des Richters, für diesen den sog. presentence report erstellen muss, aus dem die kriminelle Vorbelastung des Verurteilten (criminal history, vgl. vorne III.4) hervorgeht.

370 Rule 11(c)(5) und 11(d) FRCP.

371 Näher ALBERT W. ALSCHULER, *Plea Bargaining And Its History*, *Columbia Law Review* 79 (1979), S. 1–43, S. 41 (zit. History); LANGBEIN, *Torture* (Fn. 348), S. 12 f.; HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN (Fn. 38), § 4 N 4; HINRICH RÜPING/GÜNTHER JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5. Aufl., München 2007, N 106; EBERHARD SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 101.

beendigende Wirkung bei, die dem zeitgenössischen kontinentaleuropäischen Strafprozessdenken fremd ist:<sup>372</sup> Es nimmt dem Erkenntnisverfahren seinen streitigen Gegenstand und bringt es damit unmittelbar zu seinem Ende;<sup>373</sup> das Geständnis führt nahtlos in die Strafzumessungsphase über. Dabei ist dieser hohe Stellenwert des Geständnisses mitnichten im System des common law als solchen angelegt. Zwar ist es unter dessen Herrschaft bereits sehr früh, seit dem 12. Jahrhundert, nachgewiesen.<sup>374</sup> Ebenso als belegt gilt freilich der zurückhaltende Umgang der Gerichte (in England) mit Geständnissen. Sie brachten ihnen generell ein gehöriges Misstrauen entgegen und taten viel, um den Angeklagten davon abzuhalten. Vermehrt noch galt dies dort, wo er keinen Verteidiger an seiner Seite hatte, und unmittelbar plausibel wird diese geständnisfeindliche Haltung, wenn man bedenkt, dass der Kreis der mit dem Tod bedrohten Straftaten ausserordentlich weit gezogen war und sich nicht auf die allerschwersten Verbrechen beschränkte, sondern auf Verbrechen generell (felonies) erstreckte, so dass ein Geständnis etwa eines Diebstahls «an act of suicide» darstellte.<sup>375</sup>

Ist also das Geständnis eine grundsätzlich alt bekannte Erscheinung, so gilt für seine Verknüpfung mit einem abgesprochenen Schuldspruch anderes. Dieses Aushandeln eines Strafurteils ist in den USA ein Phänomen des beginnenden 19. Jahrhunderts; seit etwa 200 Jahren lässt sich verbreitetes plea bargaining nachweisen,<sup>376</sup> und heute ist es zur dominierenden Form der Prozessbeendigung geworden (vorne 1.). Dieser Bedeutungswandel des Geständnisses widerspiegelt sich in der Begrifflichkeit: Was seit der festen Verankerung (um nicht zu sagen: seit dem Siegeszug) des plea bargaining im Prozessalltag guilty plea heisst, firmierte vordem unter dem simplen Begriff «confession» bzw. Geständnis,<sup>377</sup> m.a.W.: Die Gleichsetzung von guilty plea mit confession führt insofern in die

372 Nur die Mittel – so würde ein Polemiker hinzufügen – die den Angeklagten zur Ablegung des Geständnisses veranlassen, haben sich verändert: An die Stelle der Folter ist die Versprechung getreten, vgl. LANGBEIN, Torture (Fn. 348), S. 12 ff.

373 «A plea of guilty is more than a confession which admits that the accused did various acts; it is itself a conviction; nothing remains but to give judgement and determine punishment» (Boykin v. Alabama, 395 U.S. 238, 89 S.Ct. 1709, 23 L.Ed.2d 274 (1969); vgl. auch BERND SCHÜNE-MANN, Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells, in: Edda Wesslau/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), FS für Gerhard Fezer, Berlin 2008, S. 555–575, S. 563.

374 ALSCHULER, History (Fn. 371), S. 7 f.

375 ALSCHULER, History (Fn. 371), S. 10 f. (Zitat S. 10); einschränkend zum zurückhaltenden gerichtlichen Umgang mit Geständnissen FISHER (Fn. 319), S. 92 f.; näher BARRY J. FISHER, Judicial Suicide or Constitutional Autonomy? A Capital Defendant's Right to plead guilty, Albany Law Review 81 (2001–2002), S. 181–203.

376 FISHER (Fn. 319), S. 12; VOGLER (Fn. 115), S. 137; zurückhaltender ALSCHULER, History (Fn. 371), S. 5, der das Aufkommen am Ende des 19. Jahrhunderts ansetzt; vermittelnd KUHN (Fn. 105), S. 76 (Aufkommen mit dem Sezessionskrieg 1861–1865).

377 ALSCHULER, History (Fn. 371), S. 13. Das «plea» bezeichnete im common law die Stellungnahme des Angeklagten zum Anklagevorwurf im indictment, und zwar die ihn *bestreitende* Stellungnahme; das Geständnis war nicht eine Form des plea, sondern die Alternative dazu (vgl. ALSCHULER, History [Fn. 371], a.a.O.; WEIGEND, Absprachen [Fn. 115], S. 35).

Irre, als heutzutage mit jenem prozessbeendigende Wirkungen verbunden sind, welche diesem fremd waren.

Die Gründe für das Aufkommen des plea bargaining gelten als vielschichtig und mehrdimensional. Gegenwärtig steht eine Erklärung im Vordergrund, die danach fragt, wer ein Interesse an abgesprochenen Urteilen und die Macht hatte, sie durchzusetzen.<sup>378</sup> Dabei spielt auch das grosse Anklageermessen der Staatsanwaltschaft im amerikanischen Strafprozess eine bedeutende Rolle, aber für sich allein vermag es plea bargaining nicht zu erklären, solange der Richter an eine solche Absprache nicht gebunden war, sondern in der Strafzumessung frei blieb und sein Strafzumessungsermessen an die Stelle desjenigen der Parteien setzen konnte. Damit wird umgekehrt auch deutlich, warum, vor seiner *allgemeinen* Verbreitung, plea bargaining in bestimmten Fallgruppen signifikant häufiger auftauchte als in anderen: Wo das Ergebnis der Strafzumessung durch den Richter nicht mehr oder nicht mehr wesentlich beeinflusst werden konnte, hatte es die Staatsanwaltschaft in der Hand, durch charge bargaining dem Angeklagten ein bestimmtes Strafmass zuzusichern oder aber ein anderes auszuschliessen. Historisch ist das für die sog. liquor cases belegt, dem Verkauf von Alkohol ohne Lizenz; hier konnte die Staatsanwaltschaft in mehreren Fällen Anklage erheben und nach der Einigung mit dem Angeklagten und seinem Geständnis einzelne fallen lassen (nolle prosequi); das führte zu einem einzigen oder jedenfalls wenigen Anklagepunkten, und weil das Gesetz für jeden eine fixe Geldstrafe vorsah, war auch das Strafmass vorhersehbar.<sup>379</sup> Funktioniert hat dies noch in einer zweiten Fallgruppe, wenngleich in umgekehrter Richtung. Soweit ein Tatbestand zwingend die Todesstrafe vorsah, konnte der Angeklagte sich durch ein Geständnis eine Abschwächung des Anklagevorwurfs auf eine minder schwere Form des Verbrechens verdienen und damit die Gefahr der Kapitalstrafe bannen. Beispiele bilden der Vorwurf von (first degree) murder, der auf (einfache) Tötung abgeschwächt werden konnte (manslaughter),<sup>380</sup> oder von Geldfälschung, der sich zum Besitz von Falschgeld umbiegen liess.<sup>381</sup> Eine weitere Variante staatsanwaltschaftlicher Ermessensausübung stellte eine frühe Form der probation dar: Gegen ein Geständnis verzichtete der prosecutor darauf, geringfügige Verstösse vor Gericht zu bringen, sondern hielt sie pendent («on-file technique»), schärfte dem Übeltäter aber ein, dass im Falle eines erneuten Verstosses *beide* Fälle gerichtlich beurteilt würden.<sup>382</sup>

In diesem Ausmass nahm die Staatsanwaltschaft entscheidenden Einfluss auf die Art und Höhe bzw. auf das Ausbleiben einer Strafe. Ihr Interesse, diesen Einfluss auszuüben, hatte seinen Ursprung in ihrer prekären (An-)Stellung: Nur

378 Vgl. FISHER (Fn. 319), S. 2, 23.

379 FISHER (Fn. 319), S. 21 ff.

380 FISHER (Fn. 319), S. 33 ff.

381 ALSCHULER, History (Fn. 371), S. 18; weitere vereinzelte Beispiele von guilty pleas vor ihrem verbreiteten Aufkommen bei ALSCHULER, a.a.O. (Fn. 371), S. 16 f.

382 FISHER (Fn. 319), S. 64 ff.

als Teilamt konzipiert, war der Strafverfolger auf eine private Einnahmequelle angewiesen, regelmässig in Gestalt seiner Anwaltskanzlei.<sup>383</sup> Bereits daraus ergab sich ein Druck auf die Bewältigung der Anklagen, und dieser steigerte sich mit zunehmenden Fallzahlen (dazu sogleich). Neben diesem Anreiz für plea bargaining stand ein zweiter: Plea bargaining-Fälle schlugen in der Statistik als Verurteilungen zu Buche, was im amerikanischen Verständnis, stärker als in hiesigen Breitengraden, einem «Sieg» gleichgesetzt wurde (und noch wird), der obendrein ohne grosse Anstrengung erzielt werden konnte. Solche statistischen Ausweise waren dem beruflichen Fortkommen schliesslich insoweit förderlich, als der prosecutor in einer Volkswahl gekürt wurde (und noch wird) und hohe Verurteilungsraten als Ausweis erfolgreicher Kriminalitätsbekämpfung galten und sie derweise die (Wieder-)Wahlchancen erhöhten.<sup>384</sup>

Damit sind einige der Gründe für die Entstehung des plea bargaining namhaft gemacht, allerdings erst auf Seite der Strafverfolgung. Unter den genannten Bedingungen vermag die Beteiligung des Gerichts am plea bargaining und damit dessen Ausweitung über die genannten Fallgruppen hinaus noch nicht einzuleuchten, und auch die Rolle der Angeklagten ist noch nicht erhellt. Was diese betrifft, so liegen ihre Macht und ihr Interesse auf der Hand: Ohne ihre Beteiligung ist die vom Staatsanwalt erstrebte Verfahrensverkürzung nicht denkbar; verzichten sie nicht auf die Beurteilung durch die jury, ist das ordentliche Verfahren durchzuführen. Und ihre Bereitschaft, sich auf den Handel einzulassen, wird von der Differenz zwischen dem erwarteten Strafmass nach einem jury trial und demjenigen nach einem guilty plea abhängig gewesen sein.<sup>385</sup> Weiter dürfte, auf der Angeklagtenseite, für das Aufkommen von plea bargaining wesentlich gewesen sein, dass im 19. Jahrhundert der Anteil der verteidigten Angeklagten zugenommen hat.<sup>386</sup> Verteidigung wiederum bedeutete aus Sicht der Strafverfolgung, dass ihr ein ernst zu nehmender Widersacher gegenüber stand, der das Verfahren in die Länge ziehen konnte. Das liess die staatsanwaltschaftlichen Zugeständnisse wachsen, was wiederum die Bereitschaft der Angeklagten zum guilty plea erhöhte, über dessen Wert sie im Einzelfall von der Verteidigung ins Bild gesetzt werden konnten.<sup>387</sup>

Ein oder sogar der Hauptgrund für die Entstehung von plea bargaining ist bisher noch nicht ausreichend zur Sprache gekommen: die im 19. Jahrhundert

383 FISHER (Fn. 319), S. 40 ff. Dasselbe Phänomen stellte ALSCHULER (Prosecutor [Fn. 348], S. 59 f. Fn. 31) noch in den 70er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts fest.

384 FISHER (Fn. 319), S. 48 f.

385 FISHER (Fn. 319), S. 91.

386 Diesen Faktor hat vor allem MALCOM M. FEELEY (Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining, *Israel Law Review* 31 [1997] S. 183–222, S. 187 und passim) als sehr bedeutsam veranschlagt.

387 STEPHANOS BIBAS, Plea's Progress, *Michigan Law Review* 102 (2003–2004), S. 1024–1043, S. 1028 f.; FISHER ([Fn. 319] S. 92 ff.) hat gezeigt, dass vermehrte professionelle Verteidigung zwischenzeitlich allerdings zu einem Anstieg der trials und einem Rückgang der guilty pleas führen kann.

zunehmende Arbeitsbelastung (caseload pressure). Wie gezeigt, hat sie auf Seiten der Strafverfolgung ihren Beitrag für deren Interesse an verfahrensverkürzenden Massnahmen geleistet, entscheidenden Einfluss für die Verbreitung von plea bargaining jedoch vermochte sie beim dritten Akteur zu gewinnen, den Gerichten. Sie hatten sich der Beteiligung an der Absprache am längsten entgegen gestellt, weil sich das Bedürfnis nach Verfahrensverkürzung bei ihnen erst später bemerkbar machte, und zwar etwa in der zweiten Hälfte des vorletzten Jahrhunderts. Für diesen Zeitraum gehen die amerikanischen Darstellungen des Phänomens fast einmütig<sup>388</sup> von einem Anstieg der Geschäftslast aus, der die vormals gründliche Überprüfung jeder Anklage unmöglich werden liess. Dabei waren es zwei unterschiedliche Faktoren, welche die Arbeitslast ansteigen liessen: die zunehmende Fallzahlen als solche sowie die zunehmende Länge der einzelnen Fälle.<sup>389</sup> Beides sorgte dafür, dass sich plea bargaining als aussergerichtliches Normalverfahren für jury trial-Fälle etablieren konnte.

Ein weiterer Grund für den Siegeszug des plea bargaining hat mit der bereits erwähnten Arbeitsbelastung zu tun, manche halten ihn gar nur für eine Variante dieses Belastungsarguments, er ist für sich bisher aber noch nicht zur Sprache gekommen: die Komplexität des ordentlichen, scil. des jury-Verfahrens. Nach dieser Ansicht ist es mittlerweile so unübersichtlich, verzweigt und zeitraubend geworden, dass es als Alltagsmodell für die Bewältigung selbst bloss von Durchschnittsfällen nicht mehr taugt und alle Beteiligten nach seiner Umgehung trachten.<sup>390</sup> Die überragende Rolle des plea bargaining erklärt sich danach aus der fehlenden Attraktivität des «Normalverfahrens». Formal bleibt zwar die jury-Garantie aufrecht; aber im Schatten dieser rechtsstaatlich als über jeden Zweifel erhaben geltenden Beurteilung durch die eigenen peers hat sich als Konkurrenzsystem das Aushandeln des Strafurteils aufgebaut. Es lässt dem Luxusmodell seinen Sonnenplatz, an dem dieses für alle sichtbar ist, hat es unter dem Gesichtspunkt seiner praktischen Bedeutung aber längst in den Schatten gestellt. Dabei erreicht es in qualitativer Hinsicht gerade deshalb nicht das Niveau seines überflügelter und mittlerweile fast bedeutungslos gewordenen Konkurrenten, weil dessen Untauglichkeit für das Alltagsgeschäft noch immer

388 Einzelne abweichende Stimmen gibt es («The Myth of Caseload Pressure»), sie haben sich nicht durchsetzen können und gelten mittlerweile über weite Strecken als widerlegt, vgl. die Hinweise bei FISHER (Fn. 319), S. 45 ff.; BIBAS (Fn. 387), S. 1030.

389 Zum Ganzen FISHER (Fn. 319), S. 9, 111 ff. Bis vor kurzem ging man ganz selbstverständlich von einem Ansteigen der Fallbelastung *im Strafrecht* aus, welche das Bedürfnis nach Abkürzungen akut werden liessen. FISHER ([Fn. 319] S. 121 ff.) hat neuerdings die explodierenden Fallzahlen *im Bereich des Zivilrechts* für den Anstieg verantwortlich gemacht (bei Zuständigkeit des gleichen Richters), eine Fallzahlentwicklung, die angesichts deutlicher hervortretender Gefahren der Industrialisierung (Verkehr, Maschinen) nicht unplausibel erscheint.

390 Ein vor allem von LANGBEIN vorgebrachtes Argument, vgl. Torture (Fn. 348), S. 11, 20; DERS., Understanding the Short History of Plea Bargaining, *Law & Society Review* 13 (1979), S. 261–272, S. 265; ähnlich ALSCHULER, History (Fn. 371), S. 41; ARZT, Amerikanisierung (Fn. 227), S. 532; kritisch FISHER (Fn. 319), S. 203 f.



geleugnet wird und sich die Alternative, eben das plea bargaining, nicht als Ergebnis durchdachter Austarierung konfligierender Interessen, sondern als ein Wasserlauf entwickelt hat, der seinen Weg am Prinzip des geringsten Widerstandes ausrichtet.<sup>391</sup>

Doch ist die verfassungsrechtliche jury-Garantie allein noch keine zureichende Erklärung für die Dominanz des plea bargaining;<sup>392</sup> sie liesse sich ganz einfach durch den jury-Verzicht und die Vereinbarung eines bench trial umgehen, wozu freilich kaum ein prosecutor Hand bietet.<sup>393</sup> Deshalb wird die «jury-Erklärung» kombiniert mit dem Hinweis auf die sog. «due process revolution» im dritten Viertel des vorigen Jahrhunderts. Der U.S. Supreme Court hatte in der damaligen Besetzung (nach dessen Chief Justice häufig «Warren Court» genannt) die Rechte der Angeklagten in staatlichen Strafprozessen gestützt auf das XIV. amendment der U.S. Verfassung erheblich ausgebaut, etwa mit Blick auf die Freiheit von Selbstbezichtigung in polizeilichen Einvernahmen (Beleh-

391 Vgl. LANGBEIN, Torture (Fn. 348), S. 20 f.

392 Spezifisch für ein jury trial und damit verfahrensverlängernd im Vergleich zu einem bench trial ist einerseits der Prozess der Auswahl der Geschworenen (jury selection) und das damit verbundene sog. voir dire. Dabei wird jeder einzelne der möglichen Geschworenen nach seinem persönlichen, beruflichen und sozialen Hintergrund, nach Erfahrungen mit der (Straf-)Justiz und mit Kriminalität sowie nach allfälligen Voreingenommenheiten gegenüber der Anklage oder dem Angeklagten befragt. Anschliessend können Anklage und Verteidigung nachhaken, und aufgrund dieser Informationen sind sie je befugt, im Rahmen der gesetzlich vorgesehen Gründe wie Voreingenommenheit oder enges Verhältnis zu einer Partei (vgl. § 225[b][1] CCCP; sog. challenges for cause) Anträge auf Ablehnung von einzelnen der möglichen Geschworenen zu stellen (§ 227 ff. CCCP), über die das Gericht (Einzelrichter) entscheidet (§ 230 CCCP). Danach (§ 226[c] CCCP) besteht die Möglichkeit, eine gewisse Anzahl möglicher Geschworener ohne Begründung abzulehnen (sog. peremptory challenges, in Kalifornien je nach Schwere des Verbrechens zwischen 10 und 20, vgl. § 1046 CPC, § 231 CCCP; ähnliche Regelung im Bundesrecht, vgl. Rule 24 FRCP). Es ist keine Seltenheit, dass zur Auswahl der 12 Geschworenen in schweren Fällen eine bis zu 150-köpfige Jurorenschar im Gerichtssaal Platz nimmt, in minder schweren bis zu 70; näher zum voir dire-Verfahren LAFAYETTE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 1050 ff. – Andererseits ist das Geschworenengerichtsverfahren wegen des Beratungs- und insbesondere des Einstimmigkeitserfordernisses und seiner möglichen Folgen länger: Die 12 Geschworenen beraten so lange, bis sie einstimmig (§ 1140 CPC; Rule 31[a] FRCP) zum Verdikt «schuldig» oder «nicht schuldig» gelangt sind (§ 1151 CPC); nachlassende Beratungskräfte versucht der Richter regelmässig dadurch zu fördern, dass er bei verstärkten Anstrengungen ein einstimmiges Ergebnis voraussagt und die Geschworenen wieder in das Beratungszimmer zurückschickt. Gelingt ihnen dies nicht (sog. hung jury), kommt es weder zu einem guilty noch zu einem not guilty verdict, sondern es liegt ein ergebnisloser Strafprozess vor (sog. mistrial). Nunmehr ist das weitere Vorgehen wiederum der Staatsanwaltschaft überantwortet: Sie kann den exakt gleichen Anklagepunkt nochmals einbringen und von einer anderen jury beurteilen lassen, eine abgeschwächte Anklage erheben oder darüber mit dem Angeklagten ein plea agreement schliessen, z.B. second degree murder oder voluntary manslaughter statt first degree murder, assault with deadly weapon statt attempted murder oder unlawful carrying of deadly weapon statt robbery. Dass angesichts dieser Möglichkeit ein jury-Verfahren lange dauern kann, ist offensichtlich.

393 Eben deshalb nicht, weil damit kein verfahrensförderndes und arbeitssparendes Geständnis verbunden ist; zu Ausnahmen und praktischen Erfahrungen mit diesem sog. «Jury Waiver Bargaining» in Pittsburgh und Philadelphia ALSCHULER, Alternatives (Fn. 366), S. 1024 ff.



rungserfordernisse)<sup>394</sup> oder auf die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel.<sup>395</sup> Diese Stärkung der Angeklagtenrechte wird für die heutige Bedeutung des plea bargaining mitverantwortlich gemacht. Sie habe dazu geführt, Fortsetzung des jury-Arguments, dass das gesamte Verfahren samt den ihm vorausgehenden Investigationen aufwendiger geführt werden müsse bzw., aus umgekehrter Perspektive, nun auch ein gewisses, wenn auch bescheideneres, Drohpotential auf Seiten der Angeklagten mobilisierbar sei.<sup>396</sup> Dadurch habe die Beschreitung des ordentlichen Prozessweges nochmals an Attraktivität verloren und das plea bargaining zusätzliche Kraft gewonnen. Aus dem Alltag der amerikanischen Strafjustiz jedenfalls, darin ist sich das amerikanische Schrifttum ungeachtet der Erklärung einig, ist es nicht mehr wegzudenken.

### 3. *Rechtliche Behandlung*

Plea bargaining war in den USA eine schon seit Jahrzehnten geübte Praxis der Verfahrensbeschleunigung und doch – wie heutzutage noch bei uns – lange mit dem Ruch des Klandestinen und Halblegalen behaftet. Erst 1970 erklärte der Supreme Court ohne viel Federlesen, dass das guilty plea zu Recht Bestandteil des Strafrechts und seiner Umsetzung sei.<sup>397</sup> Es biete sowohl dem Angeklagten wie der Strafverfolgung etliche Vorteile, und der im 5. amendment der US-Verfassung verankerten Garantie der Freiheit von Selbstbezichtigung widerspreche es nicht, selbst dann nicht, wenn es, wie vorliegend, einzig deshalb abgelegt wird, um eine im jury-Verfahren mögliche Todesstrafe abzuwenden.<sup>398</sup> Die gegenteilige Auffassung würde zur Ungültigkeit von guilty pleas überhaupt führen, und diese Aussicht, ihre Richtigkeit einmal unterstellt, schreckte den Supreme Court so sehr, dass weitere, normative Begründungen unterblieben.<sup>399</sup> Schon im Folgejahr bekräftigte er diesen Standpunkt und erklärte plea bar-

394 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1966). Das sog. miranda warning ist bis heute Gegenstand von Auseinandersetzungen, vgl. ALSCHULER, Alternatives (Fn. 366), S. 1007 f., die Hinweise bei LaFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 340 f., und SALTZBURG/CAPRA (Fn. 184), S. 701 ff., sowie MARVIN E. FRANKEL, From Private Fights Toward Public Justice, New York University Law Review 51 (1976), S. 516–537, S. 526 ff.

395 Sog. exclusionary rule, vgl. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961).

396 Vgl. ALSCHULER, History (Fn. 371), S. 38; LANGBEIN, Torture (Fn. 348), 21.

397 *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 90 S.Ct. 1463, 25 L.Ed.2d 747 (1970). Ausführlich zur Praxis des Supreme Court GERSON TRÜG, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, Tübingen 2003, S. 168 ff. (zit. Lösungskonvergenzen).

398 Kritisch WEIGEND, Absprachen (Fn. 115), S. 71.

399 Diese Praxis hat der Supreme Court in *North Carolina v. Alford* (400 U.S. 25, 91 S.Ct. 160, 27 L.Ed.2d 162, [1970]) bestätigt: Selbst dann, wenn der Angeklagte ein guilty plea abgibt, in der Geständnisverhandlung aber ausdrücklich erklärt, dieses nur zur Vermeidung der sonst höchstwahrscheinlichen Todesstrafe für den Fall seiner Verurteilung wegen first degree murders abgegeben zu haben und in Tat und Wahrheit gar nicht der Täter zu sein («I'm not guilty but I plead guilty» [a.a.O. S. 2 Fn. 2], was bisweilen als eine Form des plea of nolo contendere betrachtet wird, vgl. vorne bei Fn. 202), ändert dies nichts an der Gültigkeit eines solchen guilty plea.

gaining zu einem wesentlichen Element der Strafrechtspflege, das bei korrekter Durchführung Unterstützung verdiene.<sup>400</sup> Zur Begründung dienten die gleichen Argumente: schnelle und endgültige Entscheidung zahlreicher Strafsachen und dadurch kürzere Untersuchungshaftzeiten sowie bessere Resozialisierungsaussichten. Und auch der Hinweis auf die beschränkten Mittel fehlte nicht: Den Gerichten mangle es schlicht an der notwendigen Kapazität, würde mit der jury-Garantie der Verfassung<sup>401</sup> Ernst gemacht.

An diesem Stand der Dinge hat sich im Grunde bis heute nichts geändert. Die Zulässigkeit des plea bargaining ist seit seiner höchstrichterlichen Anerkennung in der Praxis nicht mehr grundsätzlich in Zweifel gezogen worden. Dass es gleichwohl Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen in Strafurteilen von staatlichen und Bundesgerichten geblieben ist, widerspricht diesem Befund nicht. Sie widmen sich zur Hauptsache den Einzelfallbedingungen von plea bargaining, aber nicht (mehr) seiner grundsätzlichen Problematik. So wird etwa ein guilty plea als gültig betrachtet, wenn es freiwillig und auf informierter Grundlage abgelegt wurde und vernünftig erscheint («voluntarily, knowingly, and intelligently») sowie vom Bewusstsein aller wesentlichen Umstände und seiner wahrscheinlichen Folgen zeugt.<sup>402</sup> Mit andern Worten: Die Einlassung gilt, weil nicht freiwillig, als nicht erfolgt, wenn sie das Ergebnis von ungebührlichen Versprechungen oder von Drohung oder Zwang darstellt.<sup>403</sup> In der Praxis sind die Anforderungen an die Konsistenz des guilty plea nicht sehr hoch. So soll es, lautend auf first degree murder, selbst dann gültig sein, wenn der Angeklagte zugleich versichert, nicht der Todesschütze gewesen zu sein.<sup>404</sup> Die Voraussetzungen der Vernünftigkeit des guilty plea sind dadurch zurecht gestutzt worden, dass sie an der Alternative gemessen wird, die dem Angeklagten offen stehen.<sup>405</sup> Und die Angst vor einer schärferen Strafe nach einem jury-Urteil als nach einem guilty plea macht dieses nach wie vor nicht unwirksam,<sup>406</sup> und ge-

400 Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 92 S.Ct. 495, 30 L.Ed.2d 427 (1971).

401 Vgl. vorne Fn. 211 ff.

402 Bradshaw v. Stumpf, 545 U.S. 175, 125 S.Ct. 2398, 162 L.Ed.2d 143 (2005).

403 Diese generelle Anforderung hatte der Supreme Court schon im Urteil Brady formuliert, vgl. vorne Fn. 397.

404 Bradshaw v. Stumpf, 545 U.S. 175, 125 S.Ct. 2398, 162 L.Ed.2d 143 (2005).

405 Ein guilty plea auf first degree murder mit der Möglichkeit der am Ende tatsächlich verhängten Todesstrafe (wie in Bradshaw v. Stumpf, vorne Fn. 404) liesse sich kaum als vernünftig bezeichnen, wenn man nicht die Alternative in den Blick nimmt: der Anklage zweier weiterer Spezifikationen der Tat, die je für sich ebenfalls die Todesstrafe möglich gemacht hätten, wodurch deren Verhängung noch wahrscheinlicher geworden wäre.

406 Die Angst ist nicht unbegründet, der Fall von mehreren Tatbeteiligten an einem Drogendelikt mag als Beispiel (nicht Beleg) dienen: Hier verfolgt der Bund die Praxis, solche Beteiligten für eine geringere Drogenmenge anzuklagen, welche ein guilty plea abgeben, während diejenigen, die das jury-Verfahren suchen, mit einer erhöhten Menge rechnen müssen. Entsprechend unterschiedlich fallen die Strafen aus: In United States v. Rodriguez (162 F.3d 135, United States Court of Appeals, First Circuit, 1998) gaben von sechs Tatbeteiligten an einem grossflächig auf-

nausowenig steht seiner Anerkennung entgegen, dass es nur ablegt wurde zur Abwendung einer andernfalls gegen oben offenen Freiheitsstrafe.<sup>407</sup>

Angesichts dieser entschieden befürwortenden Haltung zum plea bargaining erstaunt es nicht, dass der bzw. die Gesetzgeber sich des Phänomens angenommen und dem Verfahren hin zu abgesprochenen Urteilen statutarische Festigkeit verliehen haben. Die Federal Rules of Criminal Procedure (Rule 11) enthalten eine Regelung über die verschiedenen Arten, sich zu einer Anklage zu verhalten (plea of guilty, of not guilty, of nolo contendere sowie conditional plea), über das Verfahren der Aushandlung des plea agreement zwischen dem Staatsanwalt und dem Angeklagten bzw. seiner Verteidigung, über die richterliche Pflicht, den Angeklagten über die Bedeutung des guilty plea aufzuklären und dessen Tatsachenbasis und Freiwilligkeit zu prüfen, über die richterliche Rückweisung eines plea agreement sowie über den dann zulässigen Rückzug des guilty plea durch den Angeklagten. Ähnliche Regelungen sind in staatlichen Strafprozessordnungen enthalten oder werden jedenfalls praktiziert.<sup>408</sup> Sie sorgen dafür, dass das Fallaufkommen mit den vorhandenen Mitteln und Personen halbwegs zu bewältigen bleibt.

#### 4. *Organisation der Strafverfolgung und staatsanwaltschaftliches Ermessen*

Diese kursorische Darstellung des Phänomens des plea bargaining könnte den Eindruck erwecken, amerikanische Strafverfahren wiesen eigentlichen «Basar-Charakter» auf<sup>409</sup> und würden nach Lust und Laune durchgeführt (oder eben nicht), und zwar sowohl mit Blick auf den anzuklagenden Sachverhalt wie auch auf die zu verhängenden Strafen. Diese Sicht der Dinge würde der Ernsthaftigkeit (manchmal gar Verbissenheit), mit der die Verfahren geführt werden, nicht gerecht. Sie beschlägt indessen einen höchst bedeutsamen Punkt, ohne dessen Verständnis das plea bargaining schweizerischem juristischem Sachver-

---

gezogenen Drogenhandel (conspiracy to distribute crack cocaine) drei ein guilty plea ab und wurden zu Freiheitsstrafen von 17 bzw. 60 Monaten verurteilt (für den dritten von ihnen ist dem Urteil nur zu entnehmen, dass seine Strafe durch die Dauer der Untersuchungshaft bereits abgessen war). Die drei anderen wählten ein jury trial. Dem Kopf der Bande wurde eine lebenslängliche Freiheitsstrafe auferlegt (zusätzliche Anklage wegen Continuing Criminal Enterprise nach Title 21 USC § 848), seinen beiden obersten Helfern eine solche von 262 bzw. 235 Monaten. Der United States Court of Appeals (First Circuit) bezeichnet dies zwar als eine «enormous sentencing disparity», konnte darin jedoch weder einen Verstoss gegen die Rechtsgleichheit noch gegen den Anspruch auf due process noch gegen den Anspruch auf ein jury-Verfahren erblicken. Auf das Rechtsmittel zur Überprüfung dieser Entscheidung ist der Supreme Court nicht eingetreten, *Rodriguez v. United States*, 526 U.S. 1152, 119 S.Ct. 2034, 143 L.Ed.2d 1044 (1999).

407 Vgl. vorne Fn. 397.

408 Vgl. für Kalifornien § 1016 ff. CPC.

409 Das Bild stammt von JOHN KAPLAN, *American Merchandising and The Guilty Plea: Replacing The Bazaar With The Department Store*, *American Journal of Criminal Law* 5 (1977), S. 215–224, S. 218.

stand fremd bleiben muss: denjenigen des staatsanwaltschaftlichen Ermessens in der Anklageerhebung. Dieses wiederum hängt mit der Organisation der Strafverfolgung zusammen.

Die Strafverfolgung auf Bundesebene deckt sich mit der Organisation der erstinstanzlichen Bundesgerichte.<sup>410</sup> In jedem der 94 Bundesdistrikte amtiert ein District Attorney (mit kleinem bis riesigem Mitarbeiterstab), der vom Präsidenten ernannt wird (mit Bestätigung durch den Senat) und von ihm auch wieder aus dem Amt entfernt werden kann.<sup>411</sup> Die Aufsicht über die District Attorneys liegt beim U.S. Attorney General,<sup>412</sup> der dieses Amt in seiner Eigenschaft als Justizminister versieht.<sup>413</sup> Schon diese Mehrfachfunktion hindert natürlich eine unmittelbare Aufsicht über das Alltagsgeschäft,<sup>414</sup> und auch die Unterstützung durch Stellvertreter mit ausgedehnten Stäben<sup>415</sup> vermag daran nichts Wesentliches zu ändern. In der Praxis behilft man sich mit einer äusserst umfangreichen Anleitung, dem United States Attorneys' Manual (USAM). Es legt einerseits die grossen Linien der Strafverfolgung fest<sup>416</sup> und detailliert deren Organisation, nimmt andererseits aber auch ganz konkret Bezug auf den Verfahrensgang, indem es für die denkbaren Verfahren fast jeden Schritt kommentarartig ausdeutet, die im Einzelfall zu verfolgende Praxis festlegt und die einschlägige Rechtsprechung des Supreme Court in Erinnerung ruft. Derweise ist im System des Bundes die Strafverfolgung hierarchisch strukturiert und letztlich dem U.S. Attorney General bzw. dem Präsidenten verantwortlich.

Anders stellt sich die Lage auf der staatlichen Ebene dar. Hier ist die Strafverfolgung in den Untereinheiten von Bezirk, Distrikt oder Stadt oder einer Kombination von ihnen organisiert (county, district, city). Jede solche Einheit verfügt über mindestens einen obersten Strafverfolger,<sup>417</sup> ein «Diener zweier Herren» und deshalb über weite Strecken an einem losen Band. Einerseits un-

410 Vgl. vorne bei Fn. 150.

411 Title 28 USC § 541(a) und (c). Im Dezember 2006 bewog das Justizdepartement acht U.S. Attorneys zur Kündigung («U.S. Attorney firings»), näher BRUCE A. GREEN/FRED C. ZACHARIAS, «The U.S. Attorneys Scandal» and the Allocation of Prosecutorial Power, *Ohio State Law Journal* 69 (2008), S. 187–254, S. 204 ff.

412 Title 28 USC § 519.

413 Title 28 USC § 503.

414 GREEN/ZACHARIAS (Fn. 411), S. 200.

415 Der Präsident hat, wiederum mit Senatszustimmung, einen «Deputy Attorney General» (Title 28 USC § 504), einen «Associate Attorney General» (Title 28 USC § 504a), einen «Solicitor General» (Title 28 USC § 505) sowie 11 «Assistant Attorneys General» ernannt (Title 28 USC § 506), die ihrerseits je wieder über eine Unzahl von Hilfskräften verfügen.

416 Nebst Belangen der Strafverfolgung ist es dem Gesetzesvollzug im Bereich von Zivilklagen, Steuern, Umwelt, Kartellrecht und civil rights sowie der Ergreifung von Rechtsmitteln durch den Bund gewidmet. Rechtlich gesehen handelt es sich um eine Dienstanweisung, vgl. 1-1.100 USAM.

417 Mit unterschiedlicher Bezeichnung: District Attorney, Prosecuting Attorney, State's Attorney, Commonwealth's Attorney, Attorney General oder Solicitor. Insgesamt existieren in den 50 Staaten der USA 2344 solcher chief prosecutors (Stand 2005), vgl. STEVEN W. PERRY, *Prosecutors in State Courts*, 2005, Bureau of Justice Statistics, Bulletin July 2006, S. 1–12, S. 12.

tersteht er der Aufsicht durch den staatlichen Attorney General.<sup>418</sup> Andererseits wird die Kraft dieser Aufsicht dadurch geschwächt, dass der District Attorney ausser in Alaska, Connecticut, New Jersey und dem District of Columbia überall vom Volk gewählt wird<sup>419</sup> (und ihm je nach Fallaufkommen eine kleinere oder grössere Anzahl ernannter Staatsanwälte zur Seite steht). Weil gewählt, ist er insofern vom (staatlichen) Gouverneur<sup>420</sup> oder der Exekutive des Distrikts unabhängig und politisch (nur) seinem Wahlorgan, dem Volk, verantwortlich. Deshalb gilt das Diktum, «(a)merikanische Staatsanwälte sind Politiker»<sup>421</sup>, nach wie vor. Für die Wahlen präsentieren die Kandidatinnen und Kandidaten jeweils eigentliche kriminalpolitische Programme, deren Schwerpunkte durchaus unterschiedlich gesetzt sein können (Drogen- oder Gangdelinquenz, häusliche Gewalt, Straftaten gegen Kinder, Geldwäscherei, Korruption, illegale Immigration etc.), die sich jedoch in einem Punkt gleichen: Sie verstehen sich alle als Garanten der öffentlichen Sicherheit und versprechen deren Verbesserung durch ihre je eigene «tough on crime»-Strategie.<sup>422</sup> Mittel zu deren Verwirklichung bilden Verfolgungs- und Anklagevorgaben, die für eine gewisse Strukturierung des Ermessens sorgen, und dieses wiederum unterliegt einer groben politischen Kontrolle durch die Notwendigkeit der (Wieder-)Wahl.

Zu dieser entscheidend *politisch* geprägten Ausgestaltung der Strafverfolgung kommt eine weitere Eigenheit des amerikanischen Strafprozessrechts: Ihm ist eine Verbürgung der gleichmässigen Anwendung des Strafgesetzes in Form des prozessualen Legalitätsprinzips fremd,<sup>423</sup> obwohl einzelne gesetzliche Vorgaben anderes glauben machen könnten. So heisst es etwa im Bundesstrafverfahren, gerade entgegengesetzt zu der eben aufgestellten These, «(e)xcept as otherwise provided by law, each United States attorney, within his district, shall (1) prosecute for all offenses against the United States»<sup>424</sup>. Aber diese Vorschrift wird von den Gerichten nicht als umfassende Verfolgungsverpflichtung interpretiert, im Gegenteil. Dem Attorney General und den United States Attorneys wird ein umfassender Ermessensspielraum in der Strafverfolgung zugebilligt: Gegen wen sie Anklage erheben oder nicht bzw. sie fallen lassen, welche Anklagepunkte sie auswählen, ob und zu welchen Bedingungen sie in Verhandlungen über ein plea agreement eintreten oder solche ausschliessen,

418 Vgl. z.B. § 12550 California Government Code.

419 PERRY (Fn. 417), S. 12. Art. XI, §§ 1, subd. (b) und 4, sub. (c) California Constitution (District Attorney). Kalifornien etwa verfügt über 58 District Attorneys.

420 Hier besteht nur eine indirekte Abhängigkeit, indem der Governor über den General Attorney Einfluss zu nehmen versuchen kann, vgl. Fn. 418.

421 WEIGEND, Anklagepflicht (Fn. 348), S. 98.

422 Als «Soft on Crime» zu gelten fürchten volksgewählte amerikanische Staatsanwälte ebenso wie Politiker. Zum Einfluss dieser Strategie auf das Jugendstrafrecht BRIGITTE STUMP, «Adult time for adult crime» – Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, Diss. Zürich 2003, Mönchengladbach 2003, S. 88 ff.

423 Vgl. nur DUBBER, Einführung (Fn. 117), S. 9; TRÜG, Lösungskonvergenzen (Fn. 397), S. 87 ff.

424 Title 28 USC § 547.



welches der Inhalt eines solchen plea agreement sein soll, ob sie gegen Mithilfe in der Strafverfolgung (Kronzeugen) von der Strafverfolgung absehen und ob sie, bei abgeschlossenem agreement, dem Gericht ein konkretes Strafmass empfehlen wollen, ist ihrer Entscheidung überlassen.<sup>425</sup> So hält es beispielsweise vor der Verfassung stand, wenn der Staatsanwalt bei zwei Mittätern an einem Einbruchdiebstahl dem einen ein guilty plea betreffend geringfügigen Diebstahls und versuchten Hausfriedensbruches gewährt und dem anderen verweigert.<sup>426</sup> Nichts anderes gilt für die prosecutors in den Gliedstaaten, auch sie verfügen über ein fast unbegrenztes Verfolgungsermessen.<sup>427</sup> Das kalifornische Recht etwa bestimmt, dass der Staatsanwalt (district attorney) «innerhalb seines Ermessens» die Verfolgung von Straftaten einleiten und durchführen soll,<sup>428</sup> gemeint ist damit «nach seinem Ermessen».<sup>429</sup> Zulässige Gründe für die (Nicht-) Verfolgung bestimmter Straftaten sind beispielsweise die (fehlende) Schwere des Falles oder die von den Behörden im Bereich der Strafverfolgung gesetzten Prioritäten (etwa bandenmässig oder unter Einsatz von Waffengewalt begangene Delikte konsequent zu verfolgen).<sup>430</sup> Die Entscheidung, ob und für welche Straftaten Anklage erhoben wird, obliegt also über weite Strecken der Anklagebehörde allein, und sie unterliegt insofern auch keiner gerichtlichen Kontrolle; vielmehr besteht eine Art «Vermutung» pflichtgemässer Ermessensausübung, die sich angesichts der Weite des Ermessens, wenig verwunderlich, tatsächlich fast immer erfüllen wird. Solange der prosecutor einen vernünftigen Grund hat, eine bestimmte Anklage zu erheben oder fallen zu lassen, verbleibt diese Ent-

425 *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee*, 525 U.S. 471, 119 S.Ct. 936, 142 L. Ed.2d 940 (1999); *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456, 116 S.Ct. 1480, 134 L.Ed.2d 687 (1996); *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598, 607, 105 S.Ct. 1524, 84 L.Ed.2d 547 (1985); *United States v. Goodwin*, 457 U.S. 368, 102 S.Ct. 2485, 73 L.Ed.2d 74; *Community for Creative Non-Violence v. Pierce*, 786 F.2d 1199 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1986); näher DREW S. DAYS, *Race and the Federal Criminal Justice System: A Look at the Issue of Selective Prosecution*, *Maine Law Review* 48 (1996), S. 179–196. – Zum Ermessen der United States Attorneys § 9–27.110 *United States Attorneys' Manual* (vgl. auch vorne Fn. 168).

426 *Newman v. U.S.*, 382 F.2d 479 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1967).

427 DUBBER, Einführung (Fn. 117), S. 9; WEIGEND, Anklagepflicht (Fn. 348), S. 102.

428 § 26500 California Government Code: «The public prosecutor shall attend the courts, and within his or her discretion shall initiate and conduct on behalf of the people all prosecutions for public offenses».

429 Vgl. *People v. Moore*, 105 Cal.App. 4th 94, 129 Cal.Rptr.2d 84 (Court of Appeal, Third District, California, 2003); *Belmontes v. Woodford*, 350 F.3d 861 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 2003); vom U.S. Supreme Court aus andern Gründen aufgehoben, *Brown v. Belmontes*, 544 U.S. 945, 125 S.Ct. 1697, 161 L.Ed.2d 518 [2005]; *People v. Lucas*, 48 Cal. Rptr.2d 525, 12 Cal. 4th 415, 12 Cal. 4th 825A, 907 P.2d 373 (Supreme Court of California, 1995); *People v. Gephart*, 93 Cal.App. 3d 989, 156 Cal.Rptr. 489 (Court of Appeal, Third District, California, 1979). – Vgl. zur Ermessensausübung der Staatsanwaltschaft auch die Beiträge in Lisa Frohmann (Hrsg.), *Prosecutors and Prosecution*, Burlington 2007.

430 Vgl. Fn. 425 und 429.



scheidung vollständig in seinem Ermessen.<sup>431</sup> Erst dort, wo bestimmte Gründe für die (Nicht-)Verfolgung von Straftaten geltend gemacht werden, treten die Grenzen dieses Ermessens zutage: Geschieht dies aus diskriminierenden Gründen, gilt sie als verboten («selective prosecution doctrine»), etwa wenn sie sich auf Kriterien der Rasse, der Religion oder auf sonstige Kennzeichen von Personen bezieht, deren Verknüpfung mit der Verfolgungsentscheidung willkürlich erscheint. Dieser Nachweis ist in der Praxis nur schwierig zu erbringen, erfordert er doch, dass sich die (Nicht-)Verfolgung so sehr auf eine derweise definierte Gruppe bezieht, dass sie auf eine Verweigerung von gleichmässigem Rechtsschutz (equal protection) hinausläuft und zudem von einer entsprechenden Absicht getragen ist.<sup>432</sup>

Historisch verweist diese umfassende und gerichtlich kaum überprüfbare Anklagemacht auf die Ursprünge strafrechtlicher Verfolgung, die regelmässig dem Verletzten anheim gegeben war, und der in seiner Eigenschaft als Privatkläger frei darüber entscheiden konnte, seine Sache vor Gericht zu bringen oder sie auf sich beruhen zu lassen.<sup>433</sup> Zur Hauptsache erklärt sich das umfangreiche Ermessen jedoch mit einer staatsrechtlichen Überlegung: Die Staatsanwaltschaft bildet nach amerikanischer Auffassung Teil der Exekutive, und es würde dem Grundsatz der Gewaltenteilung widersprechen, wenn die Justiz als dritte Gewalt auf die zweite Einfluss nehmen wollte, indem sie deren Anklageentscheidungen überprüft.<sup>434</sup> Dazu kommt ein weiterer Grund für diese Zurückhaltung: die Befürchtung, dass sich solche Entscheidungen von ihrer Natur her für die richterliche Überprüfung nicht eignen.<sup>435</sup> Und letztlich steckt dahinter idealtypisch die Vorstellung, dass die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung für das Volk und im Namen des Volkes betreibt<sup>436</sup> und dieses, als Quelle aller staatlichen Macht, sich eine Überprüfung der Entscheidungen, die «es» in Gestalt der Staatsanwaltschaft als seine Stellvertreterin gefällt hat, nicht hinzunehmen braucht, zumal der Attorney General als oberster Strafverfolger meistens

431 Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357, 98 S.Ct. 663, 54 L.Ed.2d 604 (1978); 76 Cal.App. 4th 1250, 91 Cal.Rptr.2d 1 (Court of Appeal, First District, California, 1999).

432 Vgl. die vorne in Fn. 425 genannten Entscheide.

433 People v. Parmar, 86 Cal.App. 4th 781, 104 Cal.Rptr.2d 31 (Court of Appeal, Third District, California; 2001); Newman v. U.S., 382 F.2d 479 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1967); WEIGEND, Anklagepflicht (Fn. 348), S. 103 f.

434 Wie Fn. 433. – Allerdings mutet diese Auffassung insofern eigenartig an, als Gewaltenteilung in der Gestalt von gegenseitiger Gewaltenhemmung gerade in den USA mit den checks and balances über eine lange Tradition verfügt.

435 NORMAN C. BAY, Prosecutorial Discretion in the Post-Booker World, McGeorge Law Review 37 (2006), S. 549–575, S. 551 f.

436 Z.B. in Kalifornien, vgl. § 100(b) California Government Code: «The style of all process shall be «The People of the State of California,» and all prosecutions shall be conducted in their name and by their authority». Haraguchi v. Superior Court, 43 Cal. 4th 706, 182 P.3d 579, 76 Cal. Rptr.3d 250 (Supreme Court of California); vgl. auch United States v. Howell, 231 F.3d 615 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 2000).

ebenfalls vom Volk gewählt ist.<sup>437</sup> Eine Kontrolle der Ermessensausübung findet somit nicht über die Justiz statt, sondern nur über die internen Wege von Vorgaben der und Aufsicht durch die Spitzen der Strafverfolgung.

Zum Abschluss der Darlegung des plea bargaining und seiner Funktionsweise muss ein weiterer (letzter) Unterschied des amerikanischen Strafprozesses im Vergleich zum schweizerischen System zur Sprache kommen: die Befugnis zur Würdigung des Anklagevorwurfes. Der Anklagegrundsatz legt den Umfang der Strafsache sowohl nach schweizerischem wie nach amerikanischem Verständnis in die Verantwortung der Staatsanwaltschaft.<sup>438</sup> Während ein schweizerischer erstinstanzlicher Richter jedoch in der rechtlichen Würdigung des «Streitgegenstandes» unter dem Vorbehalt der Gewährung des rechtlichen Gehörs frei bleibt,<sup>439</sup> verhält sich dies bei seiner amerikanischen Kollegin grundlegend anders: Ihr ist es verwehrt, den von der Staatsanwaltschaft z.B. als Angriff mit einer lebensgefährlichen Waffe<sup>440</sup> angeklagten Sachverhalt als versuchte Tötung zu würdigen. Sie ist nicht nur an den angeklagten Sachverhalt, sondern auch an dessen strafverfolgungsseitig vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden<sup>441</sup> und damit auch an den Strafraum, der für die angeklagte Straftat vorgesehen ist.

##### 5. *Reformversuche und heutige Einschätzung*

Trotz seiner dominierenden Stellung sieht sich das System des plea bargaining immer wieder Versuchen zu seiner Abschaffung ausgesetzt. Solche Attacken nähren sich aus zwei ganz unterschiedlichen Quellen. Einerseits hat das Aushandeln des Strafurteils in der Öffentlichkeit einen äusserst schlechten Ruf. Es verbindet sich mit ihr das Bild der Kungelei im Hinterzimmer, des mit Bedacht undurchsichtigen Manövers derjenigen, denen die gesetzmässige Verwirklichung des materiellen Rechts aufgegeben ist.<sup>442</sup> Dabei stellt aus diesem Blickwinkel plea bargaining zur Hauptsache ein Mittel dar, Straftäter ihrer «gerechten», d.h. harten Strafe zu entziehen. Diese Sicht der Dinge hat sich bis in gesetzliche Regelungen hinein verlängern können, wonach bei gewissen (schweren) Straftaten vorbehaltlich einzelner Ausnahmen ein plea agreement ausgeschlossen sein soll.<sup>443</sup> Genützt hat dies freilich wenig: Die Absprachen wurden in den Zeitabschnitt vor der Erhebung der Anklage verlegt, oder die

437 Z.B. in Kalifornien, vgl. art. V, § 11 und 13 California Constitution.

438 Art. 9 StPO; Botschaft (Fn. 2), S. 1276.

439 Art. 344, 350 Abs. 1 StPO.

440 Assault with deadly weapon, Title 18 USC § 111(B); § 245 CPC.

441 WEIGEND, Anklagepflicht (Fn. 348), S. 135.

442 LANGBEIN (Fn. 348), S. 17.

443 Z.B. § 1192.7 CPC, wonach bei einzelnen schwereren Anklagen wie vorsätzliche Tötung oder Körperverletzung, Angriff, gewalttätige Sexualdelikte, Entführung, Brandstiftung etc. (vgl. die lange Liste in [c] mit mehr als 40 Tatbeständen bzw. begleitenden Tatumständen) kein plea bargaining zulässig ist.

Verteidiger verhandelten gleich mit dem Richter.<sup>444</sup> Zudem gibt es praktische Erfahrungen mit der vollständigen (vorübergehenden) Abschaffung des plea bargaining: Alaska verbannte die Methode der Prozessverkürzung 1975 aus seinem Strafprozessrecht, führte sie allerdings bereits zehn Jahre später wieder ein.<sup>445</sup> In Texas und Arizona gab es auf Initiative einzelner Richter lokal begrenzte Versuche des Verbots oder zumindest der Eindämmung von abgesprochenen Urteilsvorschlägen; beide Versuche waren wenig erfolgreich, weil entweder das Verbot umgangen oder der Versuch vom obersten staatlichen Gericht als rechtswidrig aufgehoben wurde.<sup>446</sup> Insgesamt, so lassen sich diese zaghaften gesetzgeberischen oder gerichtlichen Versuche zur Begrenzung oder gar Abschaffung des plea bargaining auf den Begriff bringen, hat sich das Aushandeln des Strafurteils als sehr resistent erwiesen und allen Versuchen getrotzt, an seine Stelle ein auf ausgedehntere Sachaufklärung gerichtetes Verfahren treten zu lassen.

Andererseits ist auch in der Wissenschaft der Ruf nach Abschaffung oder zumindest markanter Zurückdrängung des plea bargaining vereinzelt laut geworden, freilich aus anderen Gründen als den eben genannten. Verschiedene Stimmen haben sich mit zahlreichen Argumenten gegen die Praxis des plea bargaining ausgesprochen.<sup>447</sup> Sie machen zur Hauptsache geltend, plea bargaining berge eine erhöhte, über das unvermeidliche Mass hinausgehende Gefahr der Verurteilung Unschuldiger in sich,<sup>448</sup> führe zu übermässig harten Strafen gegenüber «standhaften» Angeklagten und zu übermässig milden gegenüber «handelnden» und damit auch zu nicht gerechtfertigten Strafmassunterschieden zwi-

444 Vgl. COLQUITT (Fn. 348), S. 708; WEIGEND, Absprachen (Fn. 115), S. 78; *People v. Brown*, 177 Cal.App. 3d 537, 223 Cal. Rptr. 66 (Court of Appeal, Third District, California, 1986): «Despite the recent enactment of laws designed to limit «plea bargaining», (...) the practice not only continues, but has apparently increased» (S. 547 bzw. S. 72).

445 COLQUITT (Fn. 348), S. 707. Dabei hat der prognostizierte Zusammenbruch des Strafjustizsystems nicht stattgefunden; allerdings ist Alaska, unter Aspekten der Kriminalitätsbelastung, als Sonderfall der US-Bundesstaaten zu betrachten (so mit Recht WEIGEND, Absprachen [Fn. 115], S. 78 Fn. 297). Näher zum Alaska-Experiment MICHAEL L. RUBINSTEIN/TERESA J. WHITE, *The Alaskan Ban on Plea Bargaining*, *Law & Society Review* 13 (1979), S. 367–383.

446 Näher COLQUITT (Fn. 348), S. 708 f. Ausführlich zum Experiment in El Paso/Texas SAM W. CALLAN, *An Experience in Justice without Plea Negotiation*, *Law & Society Review* 13 (1979), S. 327–347.

447 Das gilt vor allem für ALSCHULER, LANGBEIN und SCHULHOFER, vgl. ALSCHULER, *Alternatives* (Fn. 366), S. 931–1050; DERS., *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, *Yale Law Journal* 84 (1975) S. 1179–1314, S. 1313 f. (zit. *Defense Attorney*); LANGBEIN, *Torture* (Fn. 348), S. 21 f.; STEPHEN J. SCHULHOFER, *Plea Bargaining As Disaster*, *Yale Law Journal* 101 (1991–92), S. 1979–2009 (zit. *Disaster*); DERS., *Plea Bargaining Inevitable* (Fn. 352), S. 1037–1107. Weiter MARKUS D. DUBBER, *American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure*, *Stanford Law Review* 49 (1996–1997), S. 547–605; JEFF PALMER, *Abolishing Plea Bargaining: An End to the Same Old Song and Dance*, *American Journal of Criminal Law* 26 (1998–1999), S. 505–536, m.w.H. S. 505 f. Fn. 1.

448 ALBERT W. ALSCHULER, *The Changing Plea Bargaining Debate*, *California Law Review* 69 (1981), S. 652–730, S. 707 ff.

schen den beiden Kategorien von Angeklagten.<sup>449</sup> Dessen Verzicht auf die ihm zustehenden Verfahrensrechte könne darüber hinaus nicht als freiwillig betrachtet werden, wenn er von der Aussicht auf eine andernfalls markant höhere Strafe geleitet sei.<sup>450</sup> Weiter sei dem plea bargaining die Gefahr eines Schulterschlusses zwischen Ankläger, Richter und Verteidiger eigen, da sie alle drei an einem schnellen Abschluss der Strafsache interessiert sind.<sup>451</sup> Schliesslich wird befürchtet, dass das Ansehen der Strafjustiz Schaden nimmt, wenn allzu deutlich wird, dass ein Urteil mitsamt der ausgesprochenen Strafe nicht das Ergebnis des aufrichtigen Bemühens darstellt, Tat und Täterschaft einem Angeklagten nachzuweisen, sondern alle Beteiligten den Weg des geringsten Widerstandes begehen und sich mit einem Formelkompromiss von Tat und Strafe begnügen.<sup>452</sup>

Das Gehör der Praxis haben diese Vorbringen nicht gefunden,<sup>453</sup> und es gibt keine Hinweise, dass sich das innert absehbarer Zeit ändern wird. So ist diese Gemeinde der Radikalreformer, schon immer in deutlicher Minderheit, auch mangels Aussicht auf «erfolgreiches» Wirken, mittlerweile ziemlich klein (geworden).<sup>454</sup> Nicht viel grösser nimmt sich auf der Gegenseite die Fraktion derer aus, die das plea bargaining in seiner heutigen Ausformung und als System explizit befürwortet. Sie stützt sich zur Hauptsache auf vertragstheoretische Überlegungen der ökonomischen Analyse des Rechts.<sup>455</sup> In der Mitte zwischen diesen beiden polaren Positionen hat sich die amerikanische Strafrechtswissenschaft und die Praxis ganz überwiegend mit dem plea bargaining arrangiert. Weil die schiere Masse an Fällen anders nicht mehr zu bewältigen ist, wird das Aushandeln des Strafurteils im Ausgangspunkt als eine unhintergehbare Realität hingenommen.<sup>456</sup> Dabei weist die Wissenschaft durchaus auf den inneren Reformbedarf des plea bargaining-Systems hin, etwa beim Problem der verlässlicheren Trennung der Schuldigen von den Unschuldigen<sup>457</sup> oder bei der Praxis des over-

449 SCHULHOFER, Disaster (Fn. 447), S. 1993; vgl. das Beispiel *United States v. Rodriguez* (162 F.3d 135, United States Court of Appeals, First Circuit, 1998) vorne Fn. 406.

450 LANGBEIN, Torture (Fn. 348), S. 12 f.

451 PALMER (Fn. 447), S. 520 ff.; SCHULHOFER, Disaster (Fn. 447), S. 1989.

452 LANGBEIN, Torture (Fn. 348), S. 17.

453 Was als Beleg für die grosse Distanz zwischen Wissenschaft und Praxis im angelsächsischen Raum gilt (VOGLER [Fn. 115], S. 146).

454 O'HEAR (Fn. 348), S. 409.

455 Näher Frank H. EASTERBROOK, *Criminal Procedure as a Market System*, *Journal of Legal Studies* 12 (1983), S. 289–332; DERS., *Justice and Contract in Consent Judgments*, *University of Chicago Law Forum* 1987, S. 19–42; vgl. auch ROBERT E. SCOTT/WILLIAM J. STUNTZ, *Plea Bargaining as Contract*, *Yale Law Journal* 101 (1991–92), S. 1909–1968.

456 Vgl. vorne IV.1.; statt vieler COLQUITT (Fn. 348), S. 709 f.; O'HEAR (Fn. 348), S. 409; FRED C. ZACHARIAS, *Justice in Plea Bargaining*, *William and Mary Law Review* 39 (1997–1998), S. 1121–1189, S. 1136.

457 Vgl. etwa OREN BAR-GILL/OREN GAZAL AYAL, *Plea Bargains only for the Guilty*, *Journal of Law and Economics* 49 (2006), S. 353–364. Für den ausländischen Beobachter überrascht die Unbefangenheit, mit der die beiden Kategorien vor Feststehen des Urteils gedanklich vorausgesetzt und behandelt werden.

charching.<sup>458</sup> Seine Bewertung fällt freilich nicht nur dunkel aus, vielmehr sieht beharrlicher Optimismus darin mehr als ein notwendiges Übel, gewinnt der Ressourcenknappheit positive Seiten ab<sup>459</sup> und verspricht sich in zweierlei Hinsicht günstige Effekte vom plea bargaining. Zum einen gehört dazu die grosse Gruppe an Vorteilen, die sich mit seiner Flexibilität verbinden: Es erlaube, im Gegensatz zum Schwarz-Weiss eines «harten» jury-Verfahrens, die Berücksichtigung von Grautönen.<sup>460</sup> Der Ankläger könne zudem übermässig harte Strafdrohungen bzw. Strafen durch Fallenlassen einzelner Anklagepunkte korrigieren, was auf Seite des Angeklagten seine Entsprechung finde: Er könne durch Eingehen auf einen solchen Vorschlag eine übermässig harte Strafe vermeiden,<sup>461</sup> es stünden ihm mithin dank dem plea bargaining Mittel und Wege zur Verfügung, die ihm im normalen Gerichtsverfahren fehlten und die seine Position stärkten. Schliesslich soll auch das ausgehandelte Ergebnis für das Verfahren sprechen: Weil ausgehandelt und nicht einseitig oktroyiert, komme ihm höhere Qualität zu.<sup>462</sup> Zum andern, und das stellt die weitaus gängigere Rechtfertigung dar, bietet das plea bargaining prozessuale Vorteile. Positiv schlägt die Einsparung an Zeit, Kosten und Personalaufwand (Juryverzicht) zu Buche;<sup>463</sup> dies wiederum schafft mehr Raum, die tatsächlich umstrittenen Fälle mit grösserer Sorgfalt zu untersuchen und abzuurteilen.<sup>464</sup> Darin widerspiegelt sich auch die amerikanische Auffassung, dass ein Geständnis die Durchführung einer förmlichen Hauptverhandlung unnötig werden lässt; wenn Anklage und Verteidigung in der tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung eines Falles übereinstimmen, ist dem Prozess sein Gegenstand abhanden gekommen.<sup>465</sup> Mit dem letzten Argument zur Stützung des plea bargaining, das hier angeführt werden mag, ist die Brücke zwischen den formellen und den materiellen Vorteilen geschlagen: Die Verfahrensverkürzung soll sich schliesslich dadurch rechtfertigen, dass das ausgehandelte Ergebnis bei korrekter Durchführung etwa dem entspreche, was auch von einem aufwendigen

458 Vgl. etwa RONALD WRIGHT/MARC MILLER, The Screening/Bargaining Tradeoff, *Stanford Law Review* 55 (2002–2003), S. 29–118, S. 85 (mit Entgegnung von GERARD E. LYNCH, Screening Versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off?, a.a.O., S. 1399–1408, und Replik RONALD WRIGHT/MARC MILLER, Honesty and Opacity in Charge Bargains, a.a.O., S. 1409–1416).

459 Wobei nicht immer klar wird, ob mehr der Not oder innerem Antrieb gehorchend, vgl. COLQUITT (Fn. 348), S. 710 Fn. 90.

460 LAFAVE/ISRAEL/KING (Fn. 145), S. 969.

461 PALMER (Fn. 447), S. 515 f.

462 Vgl. zusammenfassend PALMER (Fn. 447), S. 515; ZACHARIAS (Fn. 456), S. 1136.

463 Statt vieler SCOTT/STUNTZ (Fn. 455), S. 1935 ff.

464 DOUGLAS D. GUIDORIZZI, Should We Really Ban Plea Bargaining? The Core Concerns of Plea Bargaining Critics, *Emory Law Journal* 47 (1998), S. 753–783, S. 765.

465 MILTON HEUMANN, Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys, Chicago/London 1978, S. 140; ALSCHULER, Alternatives (Fn. 366), S. 950 f.; WEIGEND, Absprachen (Fn. 115), S. 34 f.



Geschworenengerichtsverfahren zu erwarten wäre, nur eben zu geringeren Kosten.<sup>466</sup>

## VI. Bilanz

Nunmehr lässt sich die Bedeutung des plea bargaining für die amerikanische Strafrechtspflege erfassen. Aus deren Alltag ist es nicht wegzudenken, und das wird sich auch kaum ändern,<sup>467</sup> weil die professionellen Beteiligten aus unterschiedlichen Gründen vitale Interessen an seinem Fortbestand haben. Als erster und wichtigster Akteur ist die Strafverfolgung zu nennen. Sie steuert das gesamte System, und zwar nicht nur mit Blick auf die Fälle, mit denen sie es «füttert» (das ist im schweizerischen System nicht anders), sondern auch – und daran zeigt sich ihre Dominanz – mit Blick auf die Ergebnisse. Auf einen ehemaligen U.S. Attorney General (und späteren Supreme Court Justice) geht das Diktum zurück, «(t)he prosecutor has more control over life, liberty, and reputation than any other person in America»<sup>468</sup>. Aus der vorangehenden Darstellung werden die Gründe für diese Übermacht deutlich: Der amerikanische Staatsanwalt kontrolliert einen Fall, der einmal in seine Hände gelangt ist,<sup>469</sup> von Beginn weg bis zu seiner Erledigung. Er verfügt über ein praktisch unbeschränktes Ermessen, gegen wen er aus welchen Gründen Anklage erheben will, gegen wen er dies trotz Anfangsverdacht nicht tut, gegen wen er trotz weiter bestehenden Verdachts eine Anklage fallen lässt (dismissal) und welches die Zugeständnisse der Gegenseite dafür sind (guilty plea). Das materielle amerikanische Strafrecht stellt sich für diese Aufgabe als eigentliches Paradies dar. (1) Wo nur ein einziger Tatbestand in Frage kommt, weist er oft eine gegenüber den unsrigen markant höhere Strafdrohung auf,<sup>470</sup> was für den Angeklagten einen Anreiz schafft, sich für eine minderschwere Form der Tat schuldig zu bekennen; verbreitet ist etwa die Abschwächung des Anklagevorwurfs von attempted murder auf assault with a deadly weapon.<sup>471</sup> (2) Häufig sind jedoch die Tatbestände zahlreich, die auf einen Sachverhalt anwendbar sind oder sein

466 THOMAS W. CHURCH, In Defense of Plea Bargaining, *Law & Society Review* 13 (1979), S. 509–525, S. 512.

467 Die Abschaffung des plea bargaining, etwa von SCHULHOFER vorgeschlagen («Plea bargaining is a disaster. It can be, and should be, abolished», *Disaster* [Fn. 447], S. 2000 ff., S. 2009), hat keinerlei Aussicht auf Verwirklichung; zu anderen Auswegen ALSCHULER, *Alternatives* (Fn. 366), S. 969 ff.

468 ROBERT H. JACKSON, The federal Prosecutor, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 31 (1940–1941), S. 3–6, S. 3.

469 Zur wichtigen Rolle der Polizei, die in den USA nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich unabhängig von der Staatsanwaltschaft agiert und damit deren Input vorfiltert, WEIGEND, *Anklagepflicht* (Fn. 348), S. 112 f.

470 Vorne III.2.

471 In Kalifornien in der Grundform mit drei Jahren Freiheitsentzug im staatlichen Gefängnis (state prison) bestraft, § 245(a)(1) CPC.



könnten.<sup>472</sup> Das gilt sowohl für das staatliche Recht wie auch für das Bundesrecht. Es steht dann im Ermessen des Staatsanwaltes, einen oder mehrere Anklagepunkte gegen das guilty plea in einem oder mehreren anderen Anklagepunkten fallen zu lassen. Die Bedeutung solcher weitreichender Kriminalisierungen für das plea bargaining liegt auf der Hand. Zudem lässt sich durch das Aufsplitten von Anklagepunkten Verhandlungsmasse gewinnen.<sup>473</sup> Diese Situation akzentuiert sich dort, wo eine (oder mehrere) der angeklagten Taten eine Mindeststrafe aufweisen. Die staatsanwaltschaftliche Position ist in solchen Fällen äusserst komfortabel, weil die Aussicht auf eine Strafe ohne vorfixierte Untergrenze fast jeden Angeklagten zu einem guilty plea veranlasst. Nicht wesentlich anders verhält es sich, wenn Anklagen aus dem staatlichen Recht und dem Bundesrecht konkurrieren. Bei einem Angeklagten ohne strafrechtliche Vorbelastung sind die Strafdrohungen des Bundesstrafrechts in der Regel höher, und so wird die staatsanwaltschaftliche Position umso stärker, je weiter sie auseinanderklaffen. Damit bietet sich die Möglichkeit, gegen das Geständnis einer (für unsere Begriffe noch immer mit hoher Strafe bedrohten) staatlichen Tat die Anklage wegen einer Bundesstraftat aufzuheben. (3) Ähnlich nimmt sich die Situation, nun auf der staatlichen Ebene, bei Rückfällen aus. Sie eröffnen eine imposante Drohkulisse für das plea bargaining, weil alles davon abhängt, ob die frühere Tat mit in die Betrachtung einbezogen wird oder nicht. Bringt man die strafrechtliche Vorbelastung in Anschlag, drohen unvermittelt hohe oder sehr hohe Strafminima. Auch insofern sind dem staatsanwaltschaftlichen Agieren kaum Grenzen gesetzt. Die Darstellung der Three Strikes-Gesetzgebung hat gezeigt, wie entscheidend für das Strafmass die kriminelle Vorbelastung des Angeklagten ist;<sup>474</sup> vom Einbezug eines «gewalttätigen oder ernsthaften» Verbrechens hängt ab, ob als konkrete Strafe zum vornherein nur eine mindestens 25 Jahre dauernde Freiheitsstrafe in Frage kommt, oder ob der Strafraum gegen unten prinzipiell offen ist.<sup>475</sup> Dasselbe gilt für die staatsanwaltschaftliche Freiheit, gewisse Delikte als Verbrechen oder aber nur als

472 Vorne III.1. – Das Problem des sog. overcharging ist dabei noch nicht einmal berücksichtigt: Es kann vorkommen, dass ein Staatsanwalt die Anklagepunkte aufbläht, um sich eine günstigere Verhandlungsposition zu sichern. Das gilt zwar auch nach dem amerikanischen Prozessrecht als rechtswidrig, bleibt aber infolge mangelnder Überprüfbarkeit der Anklageentscheidung für den Ankläger (im Gegensatz zum Angeklagten) meistens folgenlos. Dass dieses Vorgehen keine rare Seltenheit darstellt, zeigt sich an einer Kommentarstelle (§ 9.10–110) des United States Attorneys' Manual (vorne 4. und Fn. 168), wonach «(t)he death penalty may not be sought, and no attorney for the Government may threaten to seek it, solely for the purpose of obtaining a more desirable negotiating position». Zum overcharging DRESSLER/MICHAELS (Fn. 214), S. 201 f.

473 MEYER (Fn. 315), S. 526.

474 Vorne III.3.

475 Wenig überraschend hat die Three Strikes-Gesetzgebung in Kalifornien zu regional sehr unterschiedlichen Folgen geführt: In San Francisco ist das Gesetz praktisch nicht angewendet worden, in San Diego hingegen sehr konsequent, näher FRANKLIN E. ZIMRING, *Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience*, Stanford Law Review 58 (2005–2006), S. 323–338, S. 334; ZIMRING/HAWKINS/KAMIN (Fn. 300), passim.

Vergehen, die nicht in den Bereich der Three Strikes-Gesetzgebung fallen, anzuklagen.<sup>476</sup> Dabei hat es vor der Verfassung Bestand, für den Fall des Fehlschlagens einer Einigung eine Anklage unter einem härteren Straftatbestand in Aussicht zu stellen: Der Supreme Court hat zugelassen, dass ein Staatsanwalt dem zweifach vorbestraften Angeklagten eine Anklage nach einem Gewohnheitsverbrechergesetz mit der zwingenden Folge lebenslanger Freiheitsstrafe vor Augen führte für den Fall, dass er sich nicht zu einem guilty plea wegen des Inverkehrbringens eines gefälschten Checks (Schadenssumme 88.30 USD) gegen die Empfehlung einer fünfjährigen Freiheitsstrafe entschliessen könne (wogegen sich dieser wehrte, worauf er nach einem jury-Verfahren zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt wurde).<sup>477</sup> (4) Die staatsanwaltschaftliche Herrschaftsstellung ist in diesen Fällen bereits über die Auswahl der Anklagepunkte vermittelt (charge bargaining), und sie wird gestärkt durch Strafmassempfehlungen zuhanden des Gerichts. Solche sind zwar, abgesehen von gesetzlich vorgegebenen Einengungen der Strafraumen gegen unten (Mindeststrafen), für das Gericht nicht bindend. Doch bildet unter dem Druck hoher Fallzahlen<sup>478</sup> und der täglichen Routine Befolgung solcher Vorschläge die Regel, und zudem kennen die Staatsanwälte mit der Zeit die Entscheidungspräferenzen «ihrer» Richter, vor denen sie auftreten. Noch grösserer Einfluss auf das konkrete Strafmass kommt der Strafverfolgung dort zu, wo sie in einem System von sentencing guidelines agiert.<sup>479</sup> Selbst wenn deren zwingende Beachtung nunmehr suspendiert ist, bleiben sie die Richtlinien, an denen sich die Strafzumessung des Richters orientiert und von denen er ohne triftigen Grund nicht abweicht. So erreicht die Vormacht der Strafverfolgung in einem plea bargaining-System in der Kombination mit sentencing guidelines ihren Höhepunkt. Das Urteil im Einzelfall ist bis auf einen zusammengeschrumpften Strafraumen durch das plea agreement vorweggenommen,<sup>480</sup> und noch innerhalb dieses Rahmens hält sich

476 Sog. «wobblers», vgl. vorne Fn. 358. – Die strafrechtliche Vorbelastung kann auch als Pfand dafür eingesetzt werden, dass der Angeklagte Zwischenentscheide des Richters nicht anfechtet. Wenn etwa für ein Betäubungsmitteldelikt auf Bundesebene eine Mindeststrafe von zehn Jahren droht, bei Rückfälligkeit aber eine solche von zwanzig Jahren, und der prosecutor bei Nichtanfechtung (und damit schnellerer Fallerledigung) verspricht, über die Vorstrafe hinwegzusehen (bzw. andernfalls sie dem Gericht zur Kenntnis zu bringen), dann braucht es einiges an Standvermögen, um einen Zwischenentscheid dennoch anzufechten. Selbst wenn dieses Vorgehen rechtswidrig wäre, überprüfbar ist es nicht.

477 *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 98 S.Ct. 663, 54 L.Ed.2d 604 (1978); mit Recht kritisch KUHN (Fn. 105), S. 79 («bien étrange justice»).

478 Es ist keine Ausnahme, wenn ein Richter an einem Vormittag zwischen 40 und 70 Fälle (zwar nicht durchwegs «erledigt», aber) behandelt. Zum Teil geht es dabei freilich nur darum, sich von den Parteien über den Stand des Verfahrens orientieren zu lassen und etwa einen neuen Termin festzulegen, wenn das Zustandekommen eines plea agreements in Aussicht steht.

479 Vorne III.4.

480 Auch insofern bietet sich ein Vergleich mit dem Inquisitionsprozess an: Wie der Inquisitor Untersucher, Ankläger, Richter und Verteidiger in einem war, vereint auch der amerikanische prosecutor unter dem System des plea bargaining zumindest die drei erstgenannten Funktionen in sich, vgl. LANGBEIN, *Torture* (Fn. 348), S. 18.

der Richter meistens an die Strafmassempfehlung der Vereinbarung. Damit lässt sich im Ergebnis der Inhalt des Urteils in weitem Ausmass auf die Entscheidungen der Strafverfolgung zurückführen, die nicht nur – und das ist entscheidend – über ein fast *unbeschränktes* Ermessen verfügt, sondern vor allem auch über ein nahezu *unüberprüfbares*. Mit Ausnahme der «selective prosecution doctrin» mischen sich die Gerichte in die Verfolgungs- und Anklageentscheidung nicht ein.<sup>481</sup>

Neben diesen strukturellen, in den Eigenheiten des amerikanischen materiellen und formellen Strafrechts angelegten Gründen für den Einfluss der Strafverfolgung existiert auf den «Mikroebenen» des einzelnen District Attorney bzw. seines ausführenden «Front Line Prosecutors» ein weiterer Anreiz für das plea bargaining. Beide können abgeschlossene und vom Gericht genehmigte plea agreements insofern als «Erfolg» verbuchen, als sie einer Verurteilung entsprechen (was in der Regel die Chancen der Wiederwahl bzw. der Karriere generell fördert), ohne das «Risiko» eines Freispruchs eingehen zu müssen. Gerichtlich sanktionierte plea agreements gelten deshalb als bequem eingefahrene «Ernte» staatsanwaltschaftlichen Verurteilungsbemühens.

Die Strafverfolgung ist freilich «nur» die mächtigste,<sup>482</sup> aber nicht die einzige Akteurin der Strafrechtspflege mit grossem Interesse am plea bargaining. Als nächstwichtige Beteiligte sind die Gerichte bzw. die Richter zu nennen. Sie haben zunächst das ihnen von den Parteien vorgelegte plea agreement zu genehmigen. Das tun sie regelmässig nur schon deshalb, weil sie andernfalls einen Grund für den Rückzug des guilty plea durch den Angeklagten setzen; die Rückweisung einer Vereinbarung zwischen dem Staatsanwalt und dem Verteidiger des Angeklagten führt dazu, dass dieser sein Schuldeingeständnis widerrufen kann.<sup>483</sup> Die eigentliche richterliche Tätigkeit liegt somit nicht in der Erhebung und Würdigung der Beweise und deren Rubrizierung unter einen oder verschiedene Tatbestände, sondern in der Rechtsfolgenbestimmung: Welches die angemessene Sanktion für die Straftaten darstellt, deren sich der Angeklagte schuldig bekannt hat. Aber der Erledigungsdruck fordert auch dieser genuin richterlichen Aufgabe ihren Tribut ab: Soweit im plea agreement ein Strafmass vorgeschlagen worden ist, hält sich der Richter daran, wenn es nicht völlig ausserhalb des Rahmens dessen liegt, was er für angemessen hält; die Bereitschaft zu seiner Sanktionierung ist somit gross.<sup>484</sup> Eigenständige richterliche Nachforschungen, für die rechtliche Qualifizierung der Tat ohnehin ausgeschlossen,<sup>485</sup> bilden auch im Bereich der Strafzumessung seltene Ausnahme. Und die Genehmigung des plea agreements schliesst den Rechtsmittelverzicht

481 Vorne IV.4.

482 Amerikanische Juristen veranschlagen, aufs Ganze gesehen, den Einfluss des Staatsanwaltes auf das Urteil mit etwa 90%.

483 Vgl. z.B. Rule 11(c)(5)(B) FRCP; vgl. auch § 1192.4 CPC.

484 Vgl. nur SCHULHOFER, Disaster (Fn. 447), S. 1995.

485 Vorne IV.4. a.E.

ein, so dass sich die erste Instanz die Überprüfung von Urteil und Verfahren durch die nächsthöhere erspart,<sup>486</sup> was wiederum für diese wie auch für die Strafverfolgung zu geringerem Aufwand führt. Zudem entfällt für den urteilenden Richter die Gefahr der Desavouierung durch die Rechtsmittelinstanz.

Schliesslich findet sich unter den Gruppen, die als Profiteure des plea bargaining gelten, auch die Kategorie von professionell Beteiligten, deren Einreihung an dieser Stelle nach der bisherigen Darstellung vielleicht erstaunen mag: die Strafverteidiger. Sie lassen sich auf den Handel zu einem Teil gerade aus den Gründen ein, aus denen sie Angeklagte vertreten: zur Wahrung des schieren Interesses ihrer Klienten, überlange Strafdauern abzuwenden. Zudem zieht das plea bargaining aus der Angeklagten- und insofern auch aus der Verteidigerperspektive einen Teil seiner Attraktivität aus der mangelnden Vorhersagbarkeit sowohl des Schuld- bzw. Nichtschuldspruchs der jury wie auch, wenn diese schuldig spricht, der richterlichen Straffestsetzung. Die Urteile von juries gelten als wenig berechenbar, und die Strafrahmen des materiellen Rechts zeichnen sich durch äusserst weite Spannen aus. Plea bargaining ist so gesehen ein Instrument zur Reduzierung von Ungewissheit. Aber damit ist erst ein Teil der Motivation der Strafverteidiger erklärt; Hand für eine Abrede zu bieten hat weitere Gründe. Auch sie sind unter Umständen an schneller Fallerledigung interessiert. Das gilt zum einen deshalb, weil nicht nur Strafverfolger und Richter, sondern auch sie selber unter der Überlast der Fälle leiden und deren Verkürzung durch eine ausgehandelte Anklage und ein vorbehandeltes Strafmass verlockend ist.<sup>487</sup> Zum andern ist eine weniger noble, aber deswegen nicht weniger wirkungsmächtige Motivation im Spiel: Meistens erfolgt die Entgeltung der Strafverteidiger über einen zum voraus bestimmten fixen Betrag oder eine tief gehaltene Stundenentschädigung,<sup>488</sup> die alles andere als einen Anreiz für ein langes, mehrere Tage oder gar Wochen dauerndes Geschworenengerichtsverfahren darstellt.<sup>489</sup> Vielmehr ist es weit rentabler, die Fälle vor diesem Stadium durch eine Einigung zu beenden, so dass der Befund eines Verteidigers, «(a) guilty plea is a quick buck»,<sup>490</sup> nur die illusionslose Beschreibung der Versuchung darstellt, in die das plea bargaining die Verteidigerseite zu führen vermag.

486 FISHER (Fn. 319), S. 176.

487 FISHER (Fn. 319), S. 199 f.

488 SCHULHOFER, Disaster (Fn. 447), S. 1988 f.

489 Dies gilt nicht für die Fälle von mittellosen Angeklagten, deren Verteidigung vom Gericht ernannt wird. In den USA ist der aus den Reihen praktizierender Anwälte gerichtlich bestellte Strafverteidiger zwar nicht völlig unbekannt, er steht aber im Hintergrund. Primär werden mittellose Angeklagte vom Büro des sog. State public defender verteidigt, meistens eigens zu diesem Zweck angestellten «staatlichen» Strafverteidigern mit fixer Entlohnung; sie stehen freilich, zumindest auf der staatlichen Ebene, unter einer enormen Arbeitslast (vgl. nur SINGER [Fn. 349], S. 218: «[M]ost defender programs are drastically underpaid and overworked»); a.a.O. S. 217 f. auch zu anderen Systemen staatlich organisierter Strafverteidigung.

490 Zit. bei ALSCHULER, Defense Attorney (Fn. 447), S. 1182.

Aber nicht nur die Interessen der Prozessbeteiligten treffen sich, zum Teil aus ganz unterschiedlichen Motiven, in einem System des plea bargaining. Es erweist sich dazu noch als ein für die US-Strafrechtspflege als solche hochfunktionales Instrument (was angesichts von über 90%igen Erledigungsquoten auch kaum zu erstaunen vermag). Wo die Beweislage klar zutage liegt und es nach amerikanischer Auffassung ohnehin kaum einen Grund für eine Hauptverhandlung samt ausgedehnter Beweisaufnahme gibt, lässt sich der so gelagerte Fall durch plea bargaining ohne grossen Aufwand und viel Publizität zu Ende bringen.<sup>491</sup> Ihn im Rahmen einer jury zu beraten eröffnet die Möglichkeit spektakulärer Fehlurteile mit der ihnen eigenen medialen Breitenwirkung; ein «falsches» Urteil in einem (für die Öffentlichkeit) «klaren» Fall beschädigt die Glaubwürdigkeit des Systems,<sup>492</sup> und zwar nachhaltiger, als ein richtiges Urteil sie zu stärken vermöchte. Liegt der Fall hingegen nicht klar und kommt er vor die jury, kann diese in der öffentlichen Wahrnehmung kaum einen Fehler machen. Beide Verdikte, «schuldig» oder «nicht schuldig», vermögen gleichermaßen die Ansprüche einzulösen, die an die jury gestellt sind: Faktenklarheit zu gewinnen. So können sich am Ende (fast) alle als Sieger betrachten: Plea bargaining nimmt dem Strafverfolger, dem Verteidiger und dem Richter eine Menge Arbeit ab, verringert die Wahrscheinlichkeit von «Fehlurteilen», und den Angeklagten bewahrt es unter Umständen vor einer übermässig langen und unter Umständen auch vor der angemessenen Strafe. Nur hin und wieder bleibt ein Risikoscheuer zurück, der aus Angst vor einer harten Sanktion nach durchgestandenem Geschworenengerichtsverfahren es vorzieht, sich einer Tat schuldig zu bekennen, die er (so) nicht begangen hat. Er zahlt den Preis für ein System, das gut geschmiert funktioniert.<sup>493</sup>

### C. Rückschlüsse auf das abgekürzte Verfahren

Nunmehr dürfte in Umrissen deutlich geworden sein, was in den USA unter dem Titel plea bargaining praktiziert wird. Der nächste Schritt soll das Versprechen im Titel dieses Beitrages einlösen: einen Vergleich zwischen dem amerikanischen plea bargaining und unserem abgekürzten Verfahren zu ziehen. Genauer noch wird es darum gehen, zu zeigen, aus welchen Gründen es irreführend ist, das kommende schweizerische Schnellverfahren als plea bargaining zu bezeichnen. Dazu sind die äusseren Rahmen der beiden Verfahren zueinander in Beziehung zu setzen und die Unterschiede herauszuarbeiten, um

491 Dass dies auch bei unklarer Beweislage möglich ist, steht auf einem andern Blatt und macht gerade eine der Anfechtungen des plea bargaining aus.

492 In diesem Zusammenhang werden die beiden Fälle «Rodney King» und «O. J. Simpson» (erster Strafprozess) genannt (FISHER [Fn. 319], S. 179).

493 Sehr kritische Einschätzung der US-amerikanischen Variante des plea bargaining (auch) bei PIQUEREZ, Procédure (Fn. 105), N 114.



anschliessend die Chancen und Gefahren des abgekürzten Verfahrens gegeneinander abzuwägen.

## I. Rechtlicher Rahmen der Verfahrensverkürzungen

### 1. Tatbestände, Strafdrohungen und Rückfallschärfungen

Die Darstellung des amerikanischen materiellen Rechts hat ganz markante Unterschiede zum schweizerischen Haupt- und Nebenstrafrecht hervortreten lassen: Es drängen sich im US-Strafrecht ungleich mehr und sehr weit gefasste Tatbestände in einem einzelnen Sachgebiet zusammen,<sup>494</sup> und dies noch verstärkt durch den Parallelismus von staatlichem und von Bundesstrafrecht. Die Wirkung dieser Tatbestandsballung ist deshalb enorm, weil häufig bereits die einzelnen Tatbestände Strafhöhen vorsehen, die nach schweizerischem Verständnis jenseits dessen liegen, was sich als angemessener Tauschgleich betrachten lässt, weil drakonische Rückfallschärfungen sie verstärken und weil die Möglichkeit des hintereinander geschalteten Vollzugs mehrerer Strafen im Ermessen des Richters liegt oder sogar gesetzlich vorgeschrieben ist. Wo mehrere nicht geringfügige Tatbestände verwirklicht sind und es dazu noch um einen ersten oder zweiten Rückfall geht, ist plea bargaining für einen vernünftigen amerikanischen Staatsanwalt so gesehen ein Mittel, um ein vollends unvernünftiges auf ein nur halbwegs unvernünftiges Strafmass abzusinken.<sup>495</sup> Es lässt sich freilich auch dazu verwenden, maximale Strafhärte durchzusetzen; die entsprechende Entscheidung ist dem Ermessen des Staatsanwaltes anheim gegeben. Beide Funktionen braucht das abgekürzte Verfahren in der Schweiz nicht zu erfüllen: Ein bandenmässiger Raubüberfall auf eine Bank mit gesicherter Schusswaffe und einer Beute von 15 000 USD<sup>496</sup> führt nach US-Bundesstrafrecht zu einer Freiheitsstrafe zwischen neun bis elf Jahren, wenn der Täter eine Vorstrafenbelastung von einer 18-monatigen Freiheitsstrafe aufweist und die Tat während Dauer der Probezeit nach bedingter Entlassung begangen hat.<sup>497</sup> Die gleiche Tat ist nach schweizerischem Strafrecht mit einer Mindest-

494 Ebenso ALDER (Fn. 314), S. 177 f.

495 Zu den Motiven des amerikanischen prosecutor, im Rahmen des plea bargaining Konzessionen zu machen, ALSCHULER, Prosecutor (Fn. 348), S. 52 f.

496 Title 18 USC § 2113 («Bank robbery and incidental crimes»: Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahre); Title 18 USC § 922(g)(1), 924(a)(1)(D) (Verbot des Feuerwaffenbesitzes für Personen, die wegen früherer Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden sind: Strafdrohung bis zu 10 Jahren); Title 18 USC § 924(c)(1)(A)(i) (zusätzliche Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren für die Verwendung dieser Waffe bei dem Banküberfall).

497 Basic offense level für robbery 20 (§ 2B3.1.[a] USSG); Erhöhung des offense levels um 2 Einheiten, weil die Tat gegen eine Finanzinstitution gerichtet ist (§ 2B3.1.[b][1] USSG), Erhöhung um weitere 6 Einheiten infolge Einstzes einer Schusswaffe (§ 2B3.1.[b][2][B] USSG) und um eine weitere Einheit, weil mehr als 10 000 Dollar Beute (§ 2B3.1.[b][7][B] USSG), offense level = 29. Für die Vorstrafenbelastung ergeben sich 3 Punkte für die 18-monatige Freiheitsstrafe (§ 4A1.1.[a] USSG) und weitere 2 für die Tatbegehung während Dauer der bedingten Entlas-



freiheitsstrafe von zwei Jahren (Art. 140 Ziff. 3 Abs. 2 StGB) bedroht,<sup>498</sup> zu der in echter Konkurrenz der illegale Waffenbesitz hinzutritt (Art. 49 StGB).<sup>499</sup> Der schweizerischen Kollegin des US-Staatsanwaltes bzw. dem schweizerischen Gericht stehen somit sämtliche Optionen für eine angemessene Sanktionierung offen, ohne dass sie auf einen Anklagepunkt «verzichten» müssten.<sup>500</sup>

## 2. Legalitätsprinzip und Austausch von Vorteilen

### a) Charge Bargaining

Der Hauptunterschied zwischen der dem Verfahren nach Art. 358 ff. zugrunde liegenden Vereinbarung und dem amerikanischen plea bargaining liegt in der prozessualen Umgebung, in welche die beiden verfahrensverkürzenden Massnahmen eingebettet sind. Plea bargaining in den USA würde nicht funktionieren, wenn die dortigen Strafverfolger nicht mit dem unermesslichen Ermessen ausgestattet wären, das es ihnen erlaubt, bis an die Grenze von diskriminierender Strafverfolgung im Einzelfall Entscheidungen über den Umfang der Anklage und das Weglassen einzelner Anklagepunkte zu treffen. So stellt es etwa im Rahmen eines ganzen Komplexes von Anklagepunkten einen zulässigen Grund für den Verzicht auf die Erhebung einzelner dar, wenn über andere mit dem Angeklagten bzw. seiner Verteidigung ein plea agreement hat getroffen werden können. Ebenso kann über eine in den USA ins Gewicht fallende Vorstrafenbelastung hinweggesehen werden, wenn sich eine Einigung über die Anklagevorwürfe ergibt.

Ermessensgestützte Anklageentscheidungen von vergleichbarer Tragweite sind der schweizerischen Strafverfolgungsbehörde gleich in doppelter Hinsicht verwehrt. Zum einen unterliegt sie im Ausgangspunkt dem Verfolgungszwang und hat bei hinreichendem Tatverdacht ein Vorverfahren einzuleiten und solange zu betreiben, bis es in der passenden prozessualen Form (Einstellung, Strafbefehl, Anklage) sein Ende findet (Art. 299 Abs. 2). Das Legalitätsprinzip gilt im schweizerischen Strafprozessrecht, trotz faktischen Beschränkungen,

---

sung (§ 4A1.1.[d] USSG). 5 Punkte entspricht der Vorstrafenkategorie III; die Kombination von offense level 29 und criminal history III führt zu 108–135 Monaten Freiheitsstrafe (vgl. das Strafzumessungsraster in Anhang III).

498 Der Qualifikationsgrund des Mitführens einer Schusswaffe nach Art. 140 Ziff. 2 StGB verändert den Strafraum nicht (BGE 102 IV 225 f. E. 2; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, BT I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 13 N 136), kann aber natürlich bei der Strafzumessung berücksichtigt werden (MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Niggli/Wiprächtiger, BSK II [Fn. 140], N 67 zu Art. 140).

499 NIGGLI/RIEDO (Fn. 498), N 160 zu Art. 139. – Art. 33 WG (BG über Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 20. Juni 1997; SR 514.54) droht demjenigen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe an, der Waffen ohne Berechtigung erwirbt, besitzt oder trägt.

500 Selbst die Variante «unvernünftig harte Bestrafung» hält sich Art. 140 Ziff. 3 StGB mit einer Höchststrafe von 20 (!) Jahren offen, vgl. Art. 40 StGB. In diesem Beispiel liegt die Obergrenze der Strafe nach schweizerischem Recht ausnahmsweise höher als nach US-amerikanischem. Kritisch auch NIGGLI/RIEDO (Fn. 498), N 105 zu Art. 140.

noch immer als die aussichtsreichste Verbürgung für rechtsgleiche Strafverfolgung. Auf freiem Ermessen beruhende und überprüfungsfreie Anklageverzichtentscheide der Staatsanwaltschaft, wie sie unter der Herrschaft von US-amerikanischem Strafrecht gang und gäbe sind, lassen sich damit nicht vereinbaren. Nur in wenigen typisierten Fallgruppen gilt ein Verzicht auf Strafverfolgung trotz hinreichendem Anfangsverdacht als zulässig,<sup>501</sup> etwa in Geringfügigkeitsfällen, bei geleisteter Wiedergutmachung, bei schwerer Betroffenheit des Beschuldigten oder bei fehlender Bedeutung der Straftat mit Blick auf die anderen Tatvorwürfe (Art. 8 Abs. 1 und 2 lit. a). Kurz: Der Verfolgungszwang steht *der* Grundvoraussetzung von plea bargaining, der Freiheit der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung, entgegen.

Zum andern ist es der Austauschcharakter des plea bargaining, der sich mit der Konzeption der schweizerischen Anklageentscheidung schlecht verträgt: Geringfügigkeit und eigene Betroffenheit sind vom Gesetzgeber als objektiv feststellbare Zustände gefasst, deren Vorliegen die Folgen auslöst, die an sie geknüpft sind, unabhängig von einer Stellungnahme der beschuldigten Person zu ihrer Tat. Und selbst wenn etwa mit der Wiedergutmachung i.d.R. ein Geständnis einher geht, ist es nicht dieses (für sich allein), das den Verfolgungsverzicht rechtfertigt, sondern erst der Tatbeweis in Gestalt der Wiedergutmachungsleistung selber. In allen diesen Fällen liegt die innere Begründung für das Absehen von (einzelnen) Anklagepunkten nicht oder zumindest nicht unmittelbar in einem Geständnis der beschuldigten Person. Es liegt keine «do ut des-Situation» vor, wie sie das plea bargaining kennzeichnet. Vielmehr handelt es sich um jenseits der Tatsache des Geständnisses liegende Situationen, in denen – trotz an sich verwirkter Strafe – das Straf- und damit auch das Verfolgungsbedürfnis entfällt;<sup>502</sup> ein Geständnis ist dafür nicht nötig oder reicht nicht aus. Aus der Perspektive der Strafverfolgung bedeutet dies, dass sie ihre Haltung mit Blick auf die Frage des Verfolgungsverzichts (aus den genannten Gründen) nicht mit der Stellungnahme des Beschuldigten zum Tatvorwurf verknüpfen darf. Darin liegt ein weiterer höchst bedeutsamer Unterschied der Voraussetzungen, auf die ein am amerikanischen Muster ausgerichtetes System des plea bargaining im schweizerischen Strafprozessrecht trifft. Zusammen mit dem erstgenannten Hauptunterschied (fehlendes Legalitätsprinzip in den USA) macht es ein System «unworkable», das auf der Grundlage von freiem Ankla-

501 Im Schrifttum werden sie häufig unter den Begriff des «beschränkten» oder «gemässigten» Opportunitätsprinzips gefasst (vgl. nur Botschaft [Fn. 2], S. 1131; Begleitbericht [Fn. 5], S. 35; HAUSER/SCHWERTZ/HARTMANN [Fn. 38], § 48 N 10; SCHMID, Strafprozessrecht [Fn. 38], N 100). Allerdings gilt es sich bewusst zu bleiben, dass das Prinzip noch immer darin besteht, bei Anfangsverdacht zu verfolgen, und weil «beschränkt» bzw. «gemässigt» das Prinzip und nicht seine Ausnahmen bezeichnet, müsste präziser vom «beschränkten» oder «gemässigten» Legalitätsprinzip die Rede sein.

502 Näher GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT II: Strafen und Massnahmen, 3. Aufl., Bern 2006, § 7 N 1 ff.

geermessen und Anklageermessensverzicht Verfahrensbeschleunigung und Arbeitersparnis anstrebt. Schnellere «Abfertigung» einzelner Anklagepunkte ist, über die Opportunitätsfallgruppen hinaus, in der Verfahrensordnung der Strafprozessordnung nur *gegen* deren Regelungen zu haben. «Charge bargaining»<sup>503</sup> entfällt somit als eine ins Gewicht fallende Form der Verfahrensbeschleunigung, weil der Gesetzgeber es unterlassen hat, die dafür nötigen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen: Er stellt der Praxis zwar ein abgekürztes Verfahren zur Verfügung, ohne jedoch die Absprachen zu regeln, deren es für seine Durchführung bedarf. Vielmehr sieht sich die gesetzestreue Strafverfolgung insofern auf die altbekannten Opportunitätsgründe zurückverwiesen, die weder einen Verfolgungsverzicht in einem Austauschverhältnis (Geständnis) vorsehen noch in nennenswertem Umfang den Verzicht auf die Erhebung gewisser Anklagepunkte vorsehen.

#### b) *Sentence Bargaining*

Die Feststellung, dass es ein dem plea bargaining inhärentes Synallagma, das auf konsensualer Grundlage (den Verzicht auf) Anklageentscheidungen zu tragen vermöchte, im schweizerischen Strafprozessrecht nicht geben kann, stünde an sich auch der anderen Form der Urteilsaushandlung entgegen, der Verständigung über das Strafmass zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem. Ein solches sentence bargaining als Einigung über die Sanktion trifft prinzipiell auf die gleichen Hürden wie die einvernehmliche Festlegung des Umfangs der Anklage. Hier wie dort ist es nicht *der Austausch* von Leistungen, der den Verzicht auf bestimmte Anklagevorwürfe bzw. eine tiefere Strafe zu rechtfertigen vermag. Aber während ein Geständnis, normativ gesehen, für die *Auswahl* der anzuklagenden strafrechtlichen Vorwürfe ohne Belang ist, gilt dies mit Blick auf das Strafmass nicht. Vielmehr ist es gängige (höchst-)richterliche Praxis, das Geständnis in erheblichem Ausmass strafmindernd zu berücksichtigen.<sup>504</sup> Dabei mag man darüber streiten, ob ein Strafnachlass auch dann als angebracht erscheint, wenn es (nur) taktisch motiviert ist und nicht von Reue und Einsicht zeugt,<sup>505</sup> für den hier interessierenden Gesichtspunkt ist dies ohne Belang: Es

503 Vorne B.IV.1.

504 Vgl. nur BGE 121 IV 202, 205 E. 2.d/cc (Strafminderung für ein von Reue und Einsicht zeugendes Geständnis von einem Fünftel bis zu einem Drittel); 118 IV 342, 349 E. 2.d; ablehnend JAGGI (Fn. 76), S. 60 f.

505 Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage in amtlich publizierten Entscheiden bislang nicht geäußert. Im Urteil vom 22. Januar 2004 (6S.186/2003) hat es jedoch festgehalten, dass die «Geständnisbereitschaft [sic; Hervorhebung F.B.] ... selbst dann strafmindernd berücksichtigt werden» könne, «wenn der Angeklagte die Möglichkeit einer allfälligen Strafreduktion einkalkuliert hat» (E. 5.7.3); prozesstaktische Motive des Geständnisses stehen seiner Honorierung somit nicht entgegen, sondern sollen (nur) im Rahmen der Höhe der Strafminderung zu berücksichtigen sein; leicht restriktiver BGer, 16.2.2005, 6S.300/2004. Die wohl h.L. vertritt eine Position der Mitte und beschränkt die strafmindernde Wirkung von Geständnissen auf solche aus echter Reue, weil nicht das Geständnis als solches, sondern Einsicht und Bedauern, die hin-

eröffnet sich damit ein Spielraum für rechtlich zulässige Verhandlungen bzw. Vereinbarungen zwischen Strafverfolgung und beschuldigter Person. Zwar trifft dieser Spielraum noch immer auf das (berechtigte) Bedenken, dass seine Ausschöpfung um den Preis des «gegnerischen» Entgegenkommens gesetzlich nicht vorgesehen ist; die Strafmilderung ist nicht als Gegengeschäft angelegt, sondern als Wenn-Dann-Entscheidung. Aber gegen aussen unterscheidet sich sie in nichts davon: Ob das Geständnis oder das Versprechen seiner Ablegung gegen das Versprechen einer Strafmilderung ein in gegenseitiger Abhängigkeit erfolgender Austausch von wechselseitigen Zusicherungen darstellt, oder ob es von der Staatsanwaltschaft in souveräner Kenntnis ihrer überlegenen Position (mit einer Strafmilderung) honoriert wird, macht in der Sache keinen Unterschied. Gesetzlich lässt sich nicht verhindern (und soll auch gar nicht), dass der Beschuldigte über allfällige Vorteile des abgekürzten Verfahrens aufgeklärt wird, geschehe dies vom Strafverfolger selber oder von der Verteidigung, die ihm in diesem Verfahrenstyp obligatorisch beizustehen hat (Art. 130 lit. e). Und wenn gegen aussen nicht zu unterscheiden ist, ob es sich bei einer Einigung um eine das Austauschverbot wahrende Wenn-Dann-Entscheidung handelt, oder um ein reziprokes Aufeinander-Stützen von Strafverfolgung und beschuldigter Person, lässt sich nicht mehr leugnen, dass das Aushandeln des Strafmasses im Umfang der strafmindernden Wirkung eines Geständnisses zentraler Bestandteil des abgekürzten Verfahrens bildet. So gesehen erweist sich die Bestimmung von Art. 359 Abs. 1, wonach die staatsanwaltschaftliche Entscheidung über die Einleitung des abgekürzten Verfahrens ohne Begründung ergehen kann, als eine weitsichtige Bestimmung des Gesetzgebers: Sie bannt die Gefahr, diese Entscheidung als einen von unserem Strafprozessrecht verpönten Handel auszuweisen.<sup>506, 507</sup> Dass das Gesetz dies nicht sofort erkennen lässt, ist nicht weiter verwunderlich, wenn es die Regelung der Absprache, die hinter dem abgekürzten Verfahren steckt, nicht als seine Sache betrachtet.<sup>508</sup>

---

ter ihm stehen, den inneren Grund für den Strafnachlass darstellen (vgl. JAGGI [Fn. 76], S. 56 ff. [m.w.H.]); gegen jegliche strafmindernde Wirkung z.B. STEFAN TRECHSEL/HEIDI AFFOLTER-EIJSTEN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 47 N. 24; für strafmindernde Wirkung auch des taktischen Geständnisses etwa ARZT, Geständnisbereitschaft (Fn. 73), S. 238; ähnlich SCHLAURI (Fn. 54), S. 485.

506 Vgl. etwa MAX WAIBLINGER, der dem Richter, der ein Geständnis mit einer milden Strafe zu honorieren verspricht, einen «unwürdigen Handel» mit dem staatlichen Strafanspruch vorgehalten (Das Strafverfahren für den Kanton Bern, Langenthal 1937/1942, S. 175) und dies, weil Versprechung, als einen Verstoss gegen die Bestimmung über die verbotenen Beweiserhebungsmethoden gewertet hat (a.a.O.); ebenso HAUSHERR (Fn. 7), S. 313, die überdies eine unzulässige Drohung gegenüber dem Beschuldigten sieht, der sich nicht auf die Absprache einlassen will.

507 Wer den Handel auch im Bereich der Einigung über die Sanktion ablehnt, wird diesem Befund im Ergebnis trotzdem zustimmen können: Wenn kein Entscheidungsspielraum (über die Festsetzung der Sanktion) besteht, so ist die Entscheidung über die Einleitung des abgekürzten Verfahrens deshalb nicht zu begründen, weil sie gar nicht begründet werden *kann*; alles andere käme einem *ultra posse* gleich.

508 Botschaft (Fn. 2), S. 1295.

Welches die Interessen sind, die für alle Beteiligten hinter diesem Vorgehen stehen mögen, gilt es als nächstes auszuleuchten. Sie werden darüber entscheiden, welche Bedeutung dem abgekürzten Verfahren in der Praxis zukommen mag. Eine erste Grundlage für diese Einschätzung vermögen die kantonalen Erfahrungen mit dem abgekürzten Verfahren zu liefern. Den Rahmen für seine Bedeutung auf eidgenössischer Ebene steckt abstrakt die Zahl der Fälle ab, die von schweizerischen Gerichten mit einer Strafe von über sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder mit 180 bis 360 Tagessätzen Geldstrafe geahndet worden sind.

## II. Praktische Bedeutung und Gefahren des abgekürzten Verfahrens

### 1. Kantonale Daten und Strafurteilsstatistik

Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die dem abgekürzten Verfahren das Schicksal eines Papiertigers vorausgesagt haben, insbesondere für die Bewältigung von Wirtschaftsstraftaten, wo die Zustimmung der Geschädigten erforderlich ist.<sup>509</sup> Eine verlässliche Überprüfung dieser Prognose wird erst auf der Grundlage entsprechender Erfahrungswerte möglich sein. Immerhin existieren Anhaltspunkte, die eine annäherungsweise Einschätzung dessen erlauben, was das abgekürzte Verfahren zu leisten imstande sein wird. Dabei kommen zwei verschiedene Quellen in Betracht, von denen die eine bereits erläutert worden ist (vorne A. IV.4). Die Erfahrungen in den beiden Kantonen, die ein eigentliches abgekürztes Verfahren eingeführt haben, Basel-Landschaft und Zug, lassen nicht die Vermutung aufkommen, das abgekürzte Verfahren könnte zu einer merklichen Reduktion der Fälle führen, die dem ordentlichen Verfahren zuzuleiten sind. Infolge der geringen Abdeckung hält sich die Aussagekraft dieser Zahlen allerdings in engen Grenzen.

Die andere Quelle – unsicherer, aber potentiell aussagekräftiger – verkörpert die Strafurteilsstatistik. Deren Daten vermögen in dem Masse einen Beitrag zur Einschätzung der künftigen Bedeutung des abgekürzten Verfahrens zu leisten, als sie es erlauben, gegen unten den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens abzusetzen und gegen oben denjenigen der Straftaten, die mit Freiheitsstrafen von über fünf Jahren belegt werden. Damit lässt sich der Ausschnitt an Straftaten näher bezeichnen, die für eine Erledigung im abgekürzten Verfahren prinzipiell in Betracht kommen und sich in ein Verhältnis zur Gesamtmenge an Strafverfahren setzen lassen, die nach dem Regelwerk der Strafprozessordnung zu bewältigen sein werden.<sup>510</sup> Anders als bei den kantonalen Datenquelle sind

509 BRUNNER (Fn. 99), S. 27; CHRISTIAN WEBER, plädoyer 1/2008, S. 11.

510 Unberücksichtigt, mit Blick auf das Gesamtvolumen der Verfahren und Entscheidungen mit strafrechtlichem Charakter, bleiben bei dieser Betrachtung sämtliche Verfahren (und Ergebnisse), die nicht nach der StPO abgewickelt werden, also etwa der grosse Bereich des Ordnungsbussenverfahrens (Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 [OBG; SR 741.03]; Ordnungsbussenver-



damit aber keine Aussagen über konkrete Fall- oder Prozentzahlen des abgekürzten Verfahrens verbunden: Welcher Anteil der prinzipiell geeigneten Fälle die Anforderungen der Art. 358 ff. erfüllen, entzieht sich einer auch nur halbwegs verlässlichen Prognose.

Im Jahre 2006<sup>511</sup> ergingen insgesamt 99 543 Verurteilungen (zu einer Busse, einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe oder einer Massnahme).<sup>512</sup> Davon entfielen 62 003 auf eine Freiheitsstrafe,<sup>513</sup> und unter ihnen wiederum 3 415 auf eine Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und fünf Jahren.<sup>514</sup> Mit andern Worten: Hätte im Jahr 2006 das abgekürzte Verfahren zur Verfügung gestanden, so wäre es für 96 128 Verurteilungen aus diesem Jahr zum vornherein ausser Betracht gefallen, das entspricht einem Anteil von 96.5 % der Verurteilungen. In Tat und Wahrheit ist dieser Anteil noch höher. Nicht eingerechnet sind nämlich sämtliche Verurteilungen, die nicht in das Strafregister eingetragen werden müssen, so etwa Schuldsprüche ohne Strafausspruch oder nicht eintragungspflichtige Verurteilungen wegen Übertretungen (Art. 366 Abs. 2 lit. a StGB<sup>515</sup>). So dürfte es keine oder jedenfalls nur eine sehr geringfügige Übertreibung darstellen, wenn man davon ausgeht, dass das abgekürzte Verfahren, allein unter dem Gesichtspunkt der Sanktion, in 97 von 100 Fällen zum vornherein ausscheiden und bloss in etwa 3 % in Frage kommen wird. Doch ist auch damit sein realer Anwendungsbereich noch nicht zureichend umrissen. Denn von diesem Residualanteil sind zunächst all die Fälle abzuziehen, in denen kein Geständnis und (damit auch) keine Anerkennung der Zivilansprüche vorliegt. Weiter kommen dazu diejenigen, in denen, soweit denkbar, ein Geständnis zwar ebenfalls fehlt, die Zivilansprüche hingegen anerkannt sind. Und schliesslich verringert sich das Fallaufkommen durch die letzte denkbare Konstellation, dass trotz Geständnis die Zivilansprüche strittig bleiben.

Für den – prognostisch nicht verlässlich zu beziffernden – verbleibenden Teil stellt sich die Frage nach der Verteilung der Fälle auf das ordentliche und auf das abgekürzte Verfahren. Theoretisch ist denkbar, sie samt und sonders über das abgekürzte Verfahren abzuwickeln, weil sie dessen Voraussetzungen definitionsgemäss erfüllen. Das ordentliche Verfahren (Art. 324 ff., 328 ff.)

---

ordnung vom 4. März 1996 [OBV; SR 741.031]) oder derjenige des Verwaltungsstrafverfahrens (Art. 19–103 BG über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 [VStrR; SR 313.0]).

511 Die Daten für das Jahr 2007, die auch die Berücksichtigung der Geldstrafen möglich gemacht hätten, standen bei Abgabe des Manuskripts (noch) nicht zur Verfügung.

512 Bundesamt für Statistik (BFS), Verurteilungen Erwachsene, Sanktionen: Daten, Indikationen, Verurteilungen nach Hauptstrafe, (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/Sank/ueberblick.html>; 31. März 2009; Stand der Datenbank: 15. September 2008).

513 Wie Fn. 512 (Addition der bedingten und unbedingten Freiheitsstrafen).

514 Schriftliche Auskunft des BFS vom 31. Juli 2008. Dabei wird stets die Freiheitsstrafe als Hauptsanktion betrachtet, ungeachtet einer möglicherweise parallel dazu ausgesprochenen (ambulanten) Massnahme, deren Vollzug demjenigen der Freiheitsstrafe allenfalls vorgeht.

515 Vgl. im Einzelnen Art. 3 Abs. 1 lit. a und c V über das Strafregister vom 29. September 2006 (VOSTRA-Verordnung; SR 331).



käme nach dieser Lesart allein noch in den drei genannten Fallgruppen sowie dort zur Anwendung, wo es um eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren geht. Wer so verfährt, macht das ordentliche Verfahren noch verstärkt zum Ausnahmemodell, als es dies angesichts der Dominanz des Strafbefehlsverfahrens ohnehin schon ist. Das Grundmodell primärer *richterlicher* Verantwortung für das Strafurteil, von dem sich die neue Verfahrensordnung bereits weitgehend verabschiedet hat, würde endgültig in sein Gegenteil verkehrt: Bis zu einem halben Jahr Freiheitsstrafe bzw. 180 Tagessätze Geldstrafe (Art. 352 lit. b und d) ist die Kriminalitätskontrolle, jenseits des Einspruchs gegen den Strafbefehl, der Strafverfolgung anheim gegeben, im Bereich von über sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe und von 181 bis 360 Tagessätzen Geldstrafe wäre ein über die Grenzen von Art. 362 reichendes Engagement des Richters in das Belieben der Parteien gestellt, und erst ab der genannten Schwelle wäre der Entscheid über den Freiheitsentzug als den schwersten Grundrechtseingriff, den unsere Rechtsordnung kennt, zwingend und vollständig in die Verantwortung eines von seiner Beantragung unabhängigen Organs zu stellen. Von der (heutzutage wohl naiven) Vorstellung, dass strafende Eingriffe in die Freiheit zu ihrer Rechtfertigung *richterlichem* Handeln überantwortet seien, bliebe kaum mehr etwas übrig. Das ordentliche Hauptverfahren würde zu dem Verfahrenstypus, den es nach Möglichkeit zu vermeiden gälte, zu einer Art Luxusmodell für schwere bis sehr schwere Kriminalität (sowie für strittige Auseinandersetzungen im Strafraumenbereich des abgekürzten Verfahrens).

Schon unter dem Gesichtspunkt der Kräfteverteilung innerhalb der Strafrechtspflege empfiehlt es sich nicht, den Anwendungsbereich des abgekürzten Verfahrens so weit auszudehnen und es stets und ausnahmslos zum Zuge kommen zu lassen, wenn seine formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind. Auch mit Blick auf den richterlichen Entscheid im Einzelfall ist es vorzugswürdig, dem abgekürzten Verfahren Grenzen selbst dort zu setzen, wo es nach dem Wortlaut des Gesetzes an sich durchführbar wäre. Eine *richterlich* ausgesprochene Freiheitsstrafe von vier Jahren nach gründlicher Hauptverhandlung<sup>516</sup> weist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eine andere Qualität auf als ein Urteil, das in einem Rudiment von Hauptverhandlung ohne Beweisaufnahme (Art. 361 Abs. 4) die Anklageschrift bestätigt. Die nähere Beschreibung des Grenzverlaufs hat sich an der Position des Beschuldigten im abgekürzten Verfahren zu orientieren. Ihm als Zentralgestalt des Strafprozesses drohen die Folgen, und deshalb muss die Wahrung seiner grundlegenden Verfahrensrechte Leitlinie des Versuchs bilden, den Anwendungsbereich des abgekürzten Verfahrens jenseits seiner gesetzlichen Vorgaben vernünftig zu umgrenzen.

---

516 Dass Art. 343 eine weitgehend mittelbar ausgestaltete Hauptverhandlung zulässt, spricht nicht dagegen: Abs. 3 der Bestimmung räumt dem Richter die Möglichkeit eines selbstbestimmten Umfangs der Beweisaufnahme ein.

## 2. *Interessenlage der Beteiligten*

Wer aus welchen Gründen und unter welchen Bedingungen ein abgekürztes Verfahren anstrebt oder sich ihm widersetzt, lässt sich losgelöst vom Einzelfall mit dem Anspruch auf allgemeine Gültigkeit kaum präzise beschreiben. Zu vieltalig sind die eigenen und die fremden Interessenlagen, denen sich die Beteiligten ausgesetzt sehen, und dazu noch befinden sie sich in einem Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit: Eine Veränderung in der einen Position führt unweigerlich zur Notwendigkeit, auch die anderen neu auszutarieren, nicht unähnlich einem Dreieck mit vorgegebenem Gesamtumfang, das sich an allen Seiten verändert, wenn man an einer Ecke zieht. Aber auch abgekürzte Verfahren mit nur den beiden Hauptbeteiligten (Strafverfolgung und beschuldigte Person), ohne Privatkülerschaft, werden vorkommen, die ebenfalls in Rechnung zu stellen sind. Deshalb kann, wenn von der «Interessenlage der Beteiligten» die Rede ist, bloss zur Sprache kommen, welche Ziele *typischerweise* mit dem abgekürzten Verfahren verfolgt werden (können). In diesem Ausmass ist es dann freilich angezeigt – gerade mit den nordamerikanischen Erfahrungen im Hintergrund –, auf mögliche Gefahren hinzuweisen, die mit dem Einschlagen des abgekürzten Verfahrens verbunden sind.

### a) *Beschuldigte Person*

Für die beschuldigte Person bietet sich das abgekürzte Verfahren dann an, wenn sie sich selber (und objektiv zu recht) für schuldig hält und deshalb mit einer Verurteilung rechnet<sup>517</sup>. In diesem Fall spricht nichts gegen die Ablegung eines Geständnisses und die Anerkennung der Zivilansprüche. In der Praxis wird sie sich allerdings hüten, einen solchen Antrag allzu früh zu stellen,<sup>518</sup> denn sie läuft damit Gefahr, nötigungsanfällig (um nicht zu sagen erpressbar) zu werden: Wenn die Staatsanwaltschaft und verstärkt noch die Privatkülerschaft merken, dass der beschuldigten Person viel an einem abgekürzten Verfahren liegt, macht sich diese verwundbar für «Erhöhungen des Streitwertes», d.h. dem zu akzeptierenden Strafmass oder dem Umfang des Schadenersatzes. Vorsicht mit Blick auf Äusserungen zum abgekürzten Verfahren dürfte somit für die beschuldigte Person selbst dann angeraten sein, wenn sie selber nicht zögern würde, diesen Weg zu beschreiten. Damit ist der für sie noch unproblematischste Fall benannt.

Zwei weitere Konstellationen werfen weitaus gravierendere Fragen auf: wenn die Tatbestandserfüllung objektiv zweifelhaft (und auch sie selber sich

517 Welche Frage sie mit fachkundiger Unterstützung klären kann, weil sie im abgekürzten Verfahren notwendig verteidigt sein muss (Art. 130 lit. e).

518 Weil der Antrag auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens «bis zur Anklageerhebung» (Art. 358 Abs. 1) gestellt werden muss, dürfte sich als spätester Zeitpunkt für sichere Fristwahrung der Abschluss der Untersuchung empfehlen, wenn die Staatsanwaltschaft ihre Absicht der Anklageerhebung mitteilt (Art. 318 Abs. 1).

darüber nicht schlüssig) ist, oder wenn ihre Täterschaft ausgeschlossen ist (und sie um die eigene «Unschuld» weiss).

Dabei dürfte der erstgenannte Fall häufiger auftreten, als es vielleicht auf den ersten Blick scheinen mag. Bei einem Betrug etwa (Art. 146 StGB) kann die Frage der Arglist sehr zweifelhaft sein, Bestand und Umfang der Vermögensbetreuungspflichten und deren Verletzung im Rahmen einer ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) sind alles andere als trennscharfe Merkmale des Tatbestandes, auch darüber, ob eine Tötung fahrlässig i.S.v. Art. 117 StGB begangen ist, kann man in guten Treuen verschiedener Ansicht sein, und ob eine in behaupteter Notwehr begangene Körperverletzung den Angriff «in einer den Umständen angemessenen Weise» abgewehrt hat und somit tatsächlich gerechtfertigt ist (Art. 15, 122 f. StGB), wird oft erst nach der richterlichen Entscheidung klar. Diese Fälle unklarer *Rechtslage* und ebenso diejenigen unklarer *Sachlage* waren ehemals, d.h. unter der Herrschaft von Prozessordnungen ohne abgekürztes Verfahren, typische Aufrufe an das Gericht zu einer beweismässigen oder rechtlichen Klarstellung; eine Alternative gab es nicht. Das abgekürzte Verfahren hat diese eindeutige Situation bei uneindeutiger Sach- oder Rechtslage in ihr Gegenteil verkehrt. Nur schon durch seine blosse Existenz stellt es die beschuldigte Person vor eine Wahl: Auf dem ordentlichen Verfahren zu beharren und die Möglichkeit eines Freispruchs offen zu halten, oder in das abgekürzte Verfahren einzuschwenken mit dem Nachteil des sicheren Wissens um den Schuldspruch und dem Vorteil des (fast) sicheren Wissens um die resultierende Strafe. In diesem letzten Punkt liegt Verheissung und Verhängnis des abgekürzten Verfahrens für die beschuldigte Person zugleich: Nebst kürzerer Dauer, (dadurch) geringerer Belastung und weniger Publizität des Verfahrens verspricht es höhere Ergebnisgewissheit; das Angebot der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift (Art. 360) stellt faktisch ein Angebot des Urteils dar, wenn man davon ausgeht, dass die Gerichte in der Regel an dem Strafmass nicht mehr rütteln werden. Eben darin liegt die Verlockung des abgekürzten Verfahrens für die risikoscheue beschuldigte Person: Mit einer Strafe davon zu kommen, mit der sich noch «einigermassen leben lässt».<sup>519</sup> Die Ungewissheit des Normalverfahrensausgangs wird damit zu einer in die Rechnung einzustellende Grösse, und der Entscheidung wohnt ein aleatorisches Element inne.

Verstärkt gilt all dies für den Fall des Beschuldigten, der die Tat nicht begangen hat. Er hat Anlass, sich auf das abgekürzte Verfahren und damit regelmässig eine Verurteilung einzulassen, sofern er die genannten Vorteile höher einschätzt als das Risiko, in einem ordentlichen Verfahren mit seinen Unschuldsbeteuerungen kein Gehör zu finden und zusätzlich ein länger dauerndes,

<sup>519</sup> SCHWANDER (Fn. 115), S. 145. Im Tessin etwa sind die im abgekürzten Verfahren ausgesprochenen Strafen offenbar, soweit bekannt, auf solche mit bedingtem Vollzug beschränkt, vgl. vorne A.IV.4.

belastenderes und tatsächlich öffentliches Verfahren durchzustehen, unter Umständen dazu noch verbunden mit einer höheren Strafe, als er sie im abgekürzten Verfahren zu gewärtigen hätte.

Das Beispiel zeigt, worin die Problematik des abgekürzten Verfahrens liegt: in seiner Existenz, nicht in seiner Ausgestaltung. Solange der strafrechtlichen Klärung eines bestimmten Vorwurfs und der allfälligen Ahndung der Tat ein bestimmtes Verfahren alternativlos zugeordnet ist,<sup>520</sup> kommt die Frage nach der Stellungnahme der beschuldigten Person zu diesem Verfahrenstyp gar nicht auf. Erst dort, wo das Gesetz *anstelle* des ordentlichen Verfahrens eine Alternative zu ihm vorsieht, entsteht das Beschuldigtendilemma, das sich salopp mit dem Hinweis auf den Spatz in der Hand oder die Taube auf dem Dach kennzeichnen lässt.<sup>521</sup> Damit ist freilich erst die eine Seite der Medaille beschrieben, sie hat eine Kehrseite: Indem das abgekürzte Verfahren als ein gesetzlich vorgesehener Weg zur Bewältigung strafrechtlicher Anklagen zur Verfügung steht, macht der Gesetzgeber, der es einführt, den Beschuldigten zum ersten Weichensteller und stellt die Verfahrenswahl (zunächst einmal) in dessen Disposition.<sup>522</sup> Hält der Beschuldigte am ordentlichen Verfahren fest, so bekräftigt er damit nur, was auch sonst gelten würde. Schlägt er hingegen den Weg des abgekürzten Verfahrens ein, führt diese Entscheidung (Zustimmung der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerschaft vorausgesetzt) zu Abstrichen an dem Versuch, die Tat auf der Grundlage ihres – soweit rechtlich von Bedeutung – historischen Geschehens im Prozess zu rekonstruieren. Mit andern Worten: Das Prinzip der materiellen Wahrheit als der Bezugspunkt am Horizont richterlicher Sachverhaltsaufklärung büsst seinen Charakter als Wertmassstab gerechten Richtens ein, und Verfahrensverkürzung gewinnt die Oberhand. Oder nochmals anders: Die Wahlmöglichkeit räumt dem Beschuldigten ein Verfügungsrecht darüber ein, wie hoch die informatorische Qualität der sachverhaltlichen Urteilsgrundlage sein soll, und das gerechte Ergebnis wird zu einer Funktion der Kalkulation des Beschuldigten.

Damit ist deutlich geworden, dass das abgekürzte Verfahren sein eigenes Schicksal mit dem Beschuldigten in doppelter Weise verquickt: Die an ihn gestellte Anforderung, über das einzuschlagende Verfahren zu entscheiden, Befugnis und Zwang zugleich, setzt ihn einerseits Pressionen aus, wenn die im Schnellverfahren verhängten Strafen (erheblich) unter denjenigen eines Normalverfahrens liegen. Andererseits räumt es ihm Einfluss darauf ein, welche Anstrengungen zur Findung der materiellen Wahrheit unternommen werden sollen und auf welche sich verzichten lässt. Die Kollision mit der Selbstbelas-

520 Wie im Verfahren des Strafbefehls, das bei Vorliegen seiner Voraussetzungen *zwingend* einzuschlagen ist, vgl. vorne Fn. 43.

521 JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 37), S. 435.

522 Was bei keinem anderen der in der StPO geregelten Verfahren der Fall ist; sie nehmen ungeachtet der Haltung des Beschuldigten ihren Anfang.

tungsfreiheit ist offenkundig, ganz ebenso wie diejenige mit dem Untersuchungsgrundsatz.

#### b) *Staatsanwaltschaft*

Für die Staatsanwaltschaft dürfte das abgekürzte Verfahren eine zweischneidige Angelegenheit werden. Auf der einen Seite erweitert es den Bereich strafverfolgungsseitig gesteuerter Verfahrenserledigung. Nebst den Einstellungen (Art. 319 ff.) und den Strafbefehlen (Art. 352 ff.) rückt mit ihm ein Terrain in den Machtbereich der Staatsanwaltschaft, das bislang stets richterlichem Rechtsspruch überantwortet war. Der Ausspruch der Freiheitsstrafe (bis zu fünf Jahren) bleibt ihm zwar formell erhalten, stellt aber vom Gehalt her ein «Urteil» der Staatsanwaltschaft dar. Dieser Einbruch in die prozessuale Gewaltenteilung mag einen rechtsstaatlich sensiblen Staatsanwalt schrecken, während seine machtbewusste Kollegin die neuen Freiheiten vielleicht energischer in Anspruch nimmt. Die Nutzung dieses Spielraums wird über weite Strecken auch von den Vorgaben der Spitzen der Strafverfolgung abhängen, und insofern können darauf bezogene Prognosen kaum höheren Wert in Anspruch nehmen als Kaffeesatzlesen. Auf der einen Seite scheint das Verfahren als solches für die Staatsanwaltschaft unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsbelastung nicht sonderlich attraktiv: Nicht nur hat sie eine Anklageschrift von der Art zu verfassen, dass diese im Falle richterlicher Bestätigung zu einem Urteil erhoben werden kann (Art. 362 Abs. 2). Sie hat sich darin – anders als die ordentliche Anklageschrift es verlangt (vgl. Art. 326 Abs. 1 lit. a) – auch mit der *Regelung* der Ansprüche der Privatklägerschaft auseinanderzusetzen (Art. 360 Abs. 1 lit. f). Diese Anstrengungen sind dazu noch zu einem Zeitpunkt zu unternehmen, in dem die Zustimmung der Parteien offen ist und der Schritt zurück ins ordentliche Verfahren eine Option bleibt (Art. 360 Abs. 5). So scheint, was mit den kantonalen Erfahrungen übereinstimmt,<sup>523</sup> der Nutzniesser des abgekürzten Verfahrens unter Be- bzw. Entlastungsaspekten der staatlichen Akteure eher beim Gericht zu finden sein: Es braucht bloss darüber zu befinden, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist, die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und mit den Akten übereinstimmt und ob die beantragten Sanktionen angemessen sind (Art. 362 Abs. 1). Die Erfüllung der Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren hat es nur «summarisch» zu begründen (Art. 362 Abs. 2) und das Urteil selber gar nicht.

Ungeachtet solcher Überlegungen zur Geneigtheit der Strafverfolgung, das abgekürzte Verfahren zu durchlaufen, gilt es sich die Gefahren vor Augen zu führen, die mit der entsprechenden staatsanwaltschaftlichen Entscheidung verbunden sein können. Wiederum ist der Fall noch am wenigsten problematisch, dass die Staatsanwaltschaft sich ihrer Sache zu Recht sicher ist, es im ordent-

---

523 Vorne A.IV.4.



lichen Verfahren zu einem Schuldspruch auf der ganzen Linie käme und die Sanktion angemessen erscheint<sup>524</sup> (wobei solche Sicherheit exakte Untersuchung bedingt, was wiederum die verkürzende Wirkung des abgekürzten Verfahrens verkleinert<sup>525</sup>). Schwierigkeiten bereitet hingegen der Fall, dass die Staatsanwaltschaft eine unklare Beweis- oder Rechtslage vorfindet. Es ist diese Konstellation, die – zugleich – das Bedürfnis nach einer Verfahrensverkürzung am drängendsten erscheinen lässt und deren Handhabung durch die Strafverfolgungsbehörden dereinst die Einschätzung dessen prägen wird, in welchem Masse die Praxis des abgekürzten Verfahrens (noch) rechtsstaatlichen Mindestanforderungen zu genügen vermag.

Entscheidet sich die Staatsanwaltschaft in dieser Situation für die «Maximalvariante», d.h. für die (allein) belastende Sicht, und verbindet sie diese zudem mit einem Strafmass, das auch im ordentlichen Verfahren zu erwarten wäre, hat die beschuldigte Person an sich wenig Grund, darauf einzugehen. Aber die Unsicherheit über das Prozessergebnis im ordentlichen Verfahren und die unbestreitbar persönlichkeitschützenden Elementen des abgekürzten Verfahrens mögen einen risikoscheuen Beschuldigten veranlassen, diesem Vorgehen dennoch zuzustimmen; verstärkt gilt dies dann, wenn die Zustimmung z.B. mit der Aussicht auf Aufhebung der Untersuchungshaft oder einer Kontensperre verbunden ist. Denkbar ist allerdings auch, dass die Strafverfolgung mit einem widerständigeren Beschuldigten rechnet und bei der Auswahl des Tatvorwurfs oder der Festlegung der Sanktion (oder beidem) Milde walten lässt, so dass auch für die Gegenseite Anlass besteht, auf das Angebot einzugehen. Wer so verfährt, sieht sich unversehens in enger Nachbarschaft zur poena extraordinaria des postinquisitorischen Strafprozesses, der Verdachtsstrafe, welche bei nicht erwiesener Schuld, aber auch unbewiesener Unschuld, ausgesprochen wurde.<sup>526</sup> Was von ihr zu halten ist, hat schon WÄCHTER in markigen Worten ausgesprochen: «Denn was soll die halbe Strafe? Beim *wahrhaft Schuldigen* genügt sie nicht; beim *Unschuldigen* (...) ist sie eine reine Ungerechtigkeit».<sup>527</sup> Wer glaubt, die herausragende Bedeutung dieser Situation der unklaren Sach- oder Rechtslage für das abgekürzte Verfahren werde sich im Laufe der Zeit in einer entsprechenden Praxis niederschlagen, die Strukturen der Entscheidungsfindung vorgeben würde, könnte sich täuschen: Die Motivation der Staatsanwaltschaft, den kurzen Weg einzuschlagen (klarer Fall; unklarer Fall mit Durchset-

524 In dieser Situation eines faktisch mehr oder minder feststehenden Prozessausgangs kann es auch für die beschuldigte Person vernünftig sein, zu einem abgekürzten Verfahren Hand zu bieten.

525 SCHWANDER (Fn. 145), S. 146.

526 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 38), § 4 N 11; RÜPING/JEROUSCHEK (Fn. 371), N 177; SCHMIDT (Fn. 371), S. 166 ff. Die poena extraordinaria stellte eine Reaktion auf die Beweisnot dar, die durch die Abschaffung der Folter bei gleichzeitigem Festhalten an den gesetzlichen, formellen Beweisregeln entstanden war, näher CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin/New York 1998, S. 35.

527 CARL GEORG VON WÄCHTER, Beiträge zur Deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des Deutschen Strafrechts, Tübingen 1845, S. 78 (Hervorhebung im Original).



zung der eigenen Machtfülle; unklarer Fall mit Kompromissbereitschaft), wird nämlich gar nie offenbar, weil sie die Entscheidung über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens nicht begründen muss (Art. 359 Abs. 1 Satz 2).<sup>528</sup> So wird für Aussenstehende im unüberprüfbaren Dunkeln bleiben, wie die Staatsanwaltschaft das ihr über Art. 359 eingeräumte Ermessen ausübt: Ob sie das abgekürzte Verfahren nur dort einschlägt, wo ihr die Sach- und Rechtslage klar erscheint (was abermals einen nicht überprüfbaren Entscheid darstellt), oder auch bei zweifelhaften Verurteilungsvoraussetzungen. Über den Einzelfall hinaus eröffnet sich damit zudem die Gefahr einer rechtsungleichen Praxis unter der Herrschaft einer für alle gleichen Prozessordnung.<sup>529</sup>

### c) *Privatklägerschaft*

Über den Erfolg des abgekürzten Verfahrens entscheiden nicht nur die beiden Hauptprotagonisten des Strafprozesses. Soweit eine Privatklägerschaft in das Verfahren involviert ist, vermag auch sie die Verfahrensverkürzung zu Fall zu bringen, wenn sie die Anklageschrift innert Frist schriftlich ablehnt (Art. 360 Abs. 3).<sup>530</sup> An der dargestellten Problematik ändert dies nichts, aber das Zustimmungserfordernis durch die Privatklägerschaft wird die praktische Bedeutung des abgekürzten Verfahrens mindern, und zwar gerade dort, wo es eine ins Gewicht fallende Entlastung bringen könnte: bei umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren mit zahlreichen Geschädigten, etwa einem grossangelegten Anlagebetrug, aber auch bei einem Seriendiebstahl,<sup>531</sup> deren Bewältigung im abgekürzten Verfahren ein einziger von vielen Privatklägern zu Fall bringen kann.

Unbefriedigend ausgefallen ist allerdings die konkrete Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses. Nimmt man die Regelung von Art. 360 Abs. 5

528 Für die Notwendigkeit einer Begründung mindestens des ablehnenden Entscheides HAUSHERR (Fn. 7), S. 314.

529 Kritisch auch KUNZ (Fn. 9), S. 392.

530 Zustimmung KUNZ (Fn. 9), S. 388, 393.

531 Die Rolle der Privatklägerschaft im abgekürzten Verfahren war im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten auf Stufe Parlament umstritten. Hat sie einmal ihre Ansprüche innert der 10-tägigen Frist von Art. 359 Abs. 2 (bzw. Art. 386 Abs. 2 VE StPO und Art. 366 Abs. 2 E StPO) angemeldet (andernfalls sie aus dem abgekürzten Verfahren ausscheidet, vorne bei Fn. 19), so sahen Art. 387 Abs. 4 VE StPO und Art. 367 Abs. 3 E StPO vor, dass die Privatklägerschaft ebenso wie die beschuldigte Person der Anklageschrift zuzustimmen hat, damit das abgekürzte Verfahren durchgeführt werden kann. Im Ständerat wurde die Befürchtung laut, dass derweise das abgekürzte Verfahren dort nicht zum Zuge kommt, wo es seiner besonders bedürfte, eben in umfangreichen Wirtschaftsstraffällen, wenn mit der Zustimmungsverweigerung eines einzigen von zahlreichen Privatklägern das Verfahren dahin fällt (vgl. AB SR 2006, S. 1051 ff.). Der Nationalrat hingegen wollte am Zustimmungserfordernis festhalten (vgl. AB NR 2007, S. 1026, 1031). Nach einem Hin und Her zwischen den beiden Räten setzte sich vom Gehalt her die nationalrätliche Auffassung durch, allerdings mit dem praktisch bedeutsamen Zusatz, dass das Schweigen zur Anklageschrift (wie auch eine bloss mündliche Ablehnung) als Zustimmung gilt (Art. 360 Abs. 3), vgl. AB SR 2007, S. 726 ff.; AB NR 2007, S. 1389 ff.; AB SR 2007, S. 829.

beim Wort, so hat sich ihre Zustimmung auf die in Art. 360 Abs. 1 lit. a–h genannten Punkte zu richten. Darunter würde auch das Strafmass fallen, das die Staatsanwaltschaft vom Gericht zu einem der (Haupt-)Bestandteile des Urteils erheben zu lassen gedenkt (Art. 360 Abs. 1 lit. b, Art. 362 Abs. 2). Damit gerät man in einen Widerspruch zu der Bestimmung von Art. 382 Abs. 2, die der Privatklägerschaft die Legitimation zur Anfechtung der ausgesprochenen Sanktion explizit abspricht. Weshalb im abgekürzten Verfahren anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich, zumal es auch von der Sache her keinen Grund gibt, der Privatklägerschaft das Recht auf Anfechtung des Strafmasses einzuräumen.<sup>532</sup> An sich müsste sich ihre Zustimmung (Art. 360 Abs. 4) auf diejenigen Punkte beschränken, an denen ihr ein eigenständiges Interesse zugebilligt werden kann, und das sind all diejenigen, die der Erweisung von Täterschaft und Tat dienen; was jenseits dessen liegt, darauf hat die Privatklägerschaft unter strafprozessualen Gesichtspunkten keinen Schutzanspruch.<sup>533</sup> Aber was theoretisch klar sein mag, lässt sich unter der Geltung von Art. 360 Abs. 3 nicht durchhalten: Die Privatklägerschaft kann die Anklageschrift *ohne Begründung* ablehnen, so dass gar nie offenbar wird, weshalb sie es getan hat.

In der Sache räumt die Regelung von Art. 360 Abs. 3 der Privatklägerschaft einen singulären Einfluss auf die Wahl des Verfahrensweges ein, eine Entscheidung, die sonst unabhängig von ihrer Stellungnahme getroffen wird. Klar scheint jedenfalls, dass die Privatklägerschaft, anders als die Staatsanwaltschaft, mit Blick auf diese Wahl völlig ungebunden und jenseits rechtlicher Vorgaben agieren kann. Es steht ihr also frei, trotz (eines Geständnisses und) anerkannter Zivilansprüche seitens der beschuldigten Person, ohne welche Voraussetzungen ein abgekürztes Verfahren ohnehin nicht stattfinden darf, diesen Verfahrensweg zu torpedieren. Dass sie dies regelmässig kaum tun wird, weil es ihren eigenen Interessen zuwiderläuft, bekräftigt nur die Verhandlungsmacht, die das Gesetz ihr einräumt: Bereits die *Möglichkeit* der (konkludenten) Drohung, der Anklageschrift die Zustimmung zu versagen, führt in der Stossrichtung zu einem Druck auf den Beschuldigten direkt oder vermittelt über die Einflussnahme der Staatsanwaltschaft, Zivilansprüche in bestimmter Höhe anzuerkennen oder auf deren Anerkennung durch den Beschuldigten hinzuwirken.<sup>534</sup> Dieses Drohpotential dürfte deshalb von Bedeutung sein, weil die Alternative, d.h. die adhäsionsweise Einbringung der Zivilklage im ordentlichen Verfahren, ebenfalls als eine für die Privatklägerschaft recht günstige Lösung erscheint (sie mithin nicht allzu viel verliert, wenn sie «hoch pokert» und das abgekürzte Verfahren nicht zustande kommt). In diesem Rahmen hat das Gericht bei einem Schuldspruch auch über die Zivilklage zu entscheiden, ohne

532 FELIX BOMMER, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, Bern 2006, S. 248 ff. (zit. Verletztenrechte); i.E. ebenso WIESER (Fn. 17), S. 6; anders wohl STADLER (Fn. 34), S. 355.

533 Näher BOMMER, *Verletztenrechte* (Fn. 532), S. 252 ff.

534 Ähnlich GLESS (Fn. 114), S. 125.

dass es, wie im Bereich jenseits der Opferstraftaten (Art. 116) bisher häufig, zu einer *vollständigen* Verweisung der Klage auf den Zivilweg kommen könnte: Eine Entscheidung über die Zivilklage *dem Grundsatz nach* ist auch dann verlangt, wenn die vollständige Beurteilung der Zivilansprüche unverhältnismässig aufwendig wäre (Art. 126 Abs. 1 und 3). So erscheint die Position der Privatklägerschaft im abgekürzten Verfahren mehr als komfortabel, unter Umständen ist ihr gar ein erpresserisches Potential eigen: bei demjenigen Beschuldigten, der die öffentliche Beweisaufnahme und Erörterung der Strafsache im ordentlichen Verfahren so sehr fürchtet, dass er sich auf überhöhte Zivilforderungen festlegen lässt.<sup>535</sup>

Doch ist dies, wie schon bemerkt, nur *eines* der denkbaren Szenarien. Solange sich für den Beschuldigten – was eine Grundvoraussetzung für ein auch nur halbwegs annehmbares abgekürztes Verfahren darstellt – keine Schere öffnet zwischen dem zu erwartenden Strafmass nach einem ordentlichen und nach einem abgekürzten Verfahren, wird er seinerseits der Abkürzung seine Zustimmung versagen oder bereits den dahin lautenden Antrag nicht stellen, wenn die Privatklägerschaft ihre deliktische Forderung aus der Tat allzu üppig veranschlagt. Denn wenn sich deren Position auch im ordentlichen Verfahren, wie eben gezeigt, noch immer günstig ausnimmt, auf einen der Vorteile des abgekürzten Verfahrens muss sie im ordentlichen notgedrungen verzichten: die Anerkennung der Zivilansprüche, die ihr all diejenigen Anstrengungen erspart, die mit dem darauf gerichteten Beweis verbunden sind. Und schliesslich ist, um der notwendig unvollständigen Aufzählung noch eine Fallgestaltung beizufügen, auch vorstellbar, dass mehrere beteiligte Privatkläger untereinander verschiedene Ansichten darüber entwickeln, ob und inwiefern das Prozedere des abgekürzten Verfahrens ein dem gemeinsamen Unterfangen der je vollen Entschädigung angemessenes Vorgehen darstellt. In diesem Umfang ist gut vorstellbar, dass die Privatkläger der beiden Lager sich gegenseitig unter Druck zu setzen versuchen. – Entscheidend aber für die Einschätzung der Machtfülle der Privatklägerschaft im abgekürzten Verfahren bleibt die Tatsache, dass sie *überhaupt* daran beteiligt ist. Im Einzelfall mögen die Kräfteverhältnisse innerhalb der verschiedenen Fraktionen ihrer selbst den Ausschlag geben, an der eminenten Bedeutung der Privatklägerschaft im abgekürzten Verfahren vermag dies kaum etwas zu ändern: Sie erhält Einfluss auf eine Entscheidung, die sich mit ihrem (durchaus vorhandenen) legitimen Interesse an Verfahrenspartizipation, das auf Erweisung der Täterschaft des Beschuldigten samt den daraus resultierenden Zivilansprüchen gerichtet ist,<sup>536</sup> nicht begründen lässt.

535 Nicht unähnlich der Regelung im Scheidungsrecht, dass nach Ablauf von zwei Jahren des Getrenntlebens der eine Ehegatte die Scheidung gegen den Willen des andern verlangen kann (Art. 114 ZGB): Auch von dem Zustimmungserfordernis der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 ZGB) ist bekannt, dass es hie und da zu dem Zweck benutzt wird, die Höhe der Unterhaltsbeiträge zu «verbessern».

536 BOMMER, Verletztenrechte (Fn. 532), S. 252 ff., 267 ff.

### III. Bilanz und Ausblick

Damit ist die Unterlage gelegt, auf der sich nunmehr eine rechtspolitische Einschätzung des abgekürzten Verfahrens verantworten lässt. Die Darstellung der nordamerikanischen Verhältnisse hat gezeigt, dass ein grosser Teil der auf sie zurückzuführenden gravierenden Bedenken im schweizerischen abgekürzten Verfahren kaum einen Nährboden findet. Das gilt zuallererst mit Blick auf das materielle Strafrecht: Die Häufung zahlreicher mit hohen Strafen bedrohter Tatbestände in einem Einzelfall ist in der Schweiz (fast) ohne Beispiel<sup>537</sup> und hiesigem juristischem Sachverstand nur schwer zu vermitteln. Auf prozessualer Ebene mangelt es der schweizerischen Strafverfolgung (glücklicherweise) an dem endlosen Ermessen der amerikanischen prosecutors, ohne das ein plea bargaining-System nicht funktionieren kann.<sup>538</sup> Ein Geständnis hat das schweizerische Gericht, anders als dessen amerikanische Schwesterinstitution, auf seine Glaubwürdigkeit (und nicht bloss auf seine Freiwilligkeit) zu überprüfen (Art. 160), es führt nicht eo ipso zur Gegenstandslosigkeit des Erkenntnisverfahrens. Zwar ist dieses Erfordernis im abgekürzten Verfahren abgeschwächt, aber es ist nicht völlig aus der gerichtlichen Verantwortung entlassen. Und schliesslich stellt das abgekürzte Verfahren, anders denn das plea bargaining in den Vereinigten Staaten von Amerika, das Ausnahmestück der schweizerischen Strafjustiz dar: Für jene verkörpert plea bargaining die zur faktischen Regel gewordene normative Ausnahme vom ordentlichen Prozessmodell des jury trial. Das abgekürzte Verfahren hingegen ist die normative und wird die faktische Ausnahme darstellen, allerdings nicht vom «ordentlichen» Hauptverfahren, sondern vom Strafbefehlsverfahren, das in den USA mit Ausnahme von Ordnungsbussen kaum bekannt ist. So gesehen ist das amerikanische System auf das plea bargaining ungleich stärker angewiesen als das schweizerische auf das abgekürzte Verfahren: Während jenes ohne plea bargaining zusammenbrechen würde,<sup>539</sup> erfährt dieses nur in einem fallzahlenmässig kleinen Ausschnitt eine Verfahrensvereinfachung.

Doch ist das bessere Abschneiden des abgekürzten Verfahrens im Vergleich mit dem US-amerikanischen plea bargaining ein schwacher Trost und keine eigene Leistung; wenn die ausländische Vergleichsgrösse sich rabenschwarz annimmt, läuft schwarz zur hellen Farbe auf. Einen Grund, dem abgekürzten Verfahren eine Unbedenklichkeitsbescheinigung auszustellen, stellt dies nicht dar, im Gegenteil: Die eigene Lösung ist nicht bereits deswegen akzeptabel, weil ihr ausländisches «Vorbild» es nicht ist. Vielmehr schlummern im abgekürzten Verfahren die gleichen Gefahren, die in der US-Variante des plea bargaining bereits seit langem zutage getreten sind. Die Hauptgefahr liegt in der Vervollkommenung

537 Vorne B.III.

538 Vorne B.IV.4.

539 Vgl. vorne bei Fn. 352.

der exekutivischen Machtfülle. Nicht nur ist die Staatsanwaltschaft Herrin über die Masse der Strafbefehle, sie hat es nun, bei gegebenen bzw. zu schaffenden Voraussetzungen, auch in der Hand, bis in den Bereich der schweren Kriminalität<sup>540</sup> hinein ihre Vorstellungen von gerechter Vergeltung und notwendiger Prävention durchzusetzen.<sup>541</sup> Die Korrekturmöglichkeiten der traditionellen Hüter von Recht und Gerechtigkeit, der Gerichte, sind beschränkt: Die Kontrolle des abgekürzten Verfahrens auf seine «Rechtmässigkeit», wie Art. 362 Abs. 1 lit. a sie vorsieht, wird sich darin erschöpfen, die Voraussetzungen des Geständnisses und der Anerkennung der Zivilforderungen zu überprüfen (Art. 358 Abs. 1); andere Massstäbe der Rechtmässigkeit existieren nicht. Verstärkt noch gilt dies für die Prüfung dessen, ob das abgekürzte Verfahren «angebracht» sei; keine einzige Bestimmung des abgekürzten Verfahrens gibt darüber Auskunft, so dass sich fehlende Angebrachtheit kaum begründen lässt.<sup>542</sup> Zwar gilt dasselbe für das Gegenteil: Wenn das Gericht seine Entscheidungskriterien zunächst selbst zu etablieren hat, dann ist auch denkbar, sie gegen das abgekürzte Verfahren zu richten und Gründe für «fehlende Angebrachtheit» zu (er-)finden. Daran wird exemplarisch deutlich, in welchem geringem Ausmass die Verfahrenswahl gesetzlich vorgeprägt ist. Doch die Erfahrung zeigt, dass mit der Weichenstellung der Verfahrenswahl *dem Weichensteller*, scil. der Staatsanwaltschaft, die zentrale Verantwortung und damit auch die zentrale Machtstellung eingeräumt ist. Die Übereinstimmung von Hauptverhandlungsergebnis, Anklage und Akten sowie die Angemessenheitsprüfung hinsichtlich der Sanktionen (Art. 362 Abs. 1 lit. b und c) wird daran nur wenig ändern: In Ausnahmefällen wird das Gericht einen Zug zurückschicken (d.h. die Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren verneinen), aber den Alltagsverkehr lenkt *die Staatsanwaltschaft* in die verbindliche Richtung.

Nachdem die Forderung nach Streichung des abgekürzten Verfahrens nun keine Option mehr darstellt,<sup>543</sup> wäre es naiv zu glauben, das neue Instrument würde in der Praxis nicht genutzt. Für dessen verantwortungsvolle Handhabung steht zur Hauptsache die Staatsanwaltschaft in der Pflicht. Von ihrem Umgang mit den Avancen des abgekürzten Verfahrens wird es abhängen, in welchem Ausmass es tatsächlich nur in «klaren» Fällen eingesetzt wird, oder ob es die Fehlverurteilungsrisiken, die der Strafrechtspflege notwendig inhärent sind, in bedeutendem Ausmass zu steigern vermag, wenn die Zweifel in zweifelhaften

540 Insofern verharmlost die Botschaft (Fn. 2) die Bedeutung des abgekürzten Verfahrens, wenn sie dessen Anwendungsbereich bis zu den «mittelschwere(n) Straffälle(n)» zieht (S. 1295).

541 Was für das Gesamtsystem die Frage nach der Rolle der Gerichte aufwirft, vgl. PIETH (Fn. 42), S. 391 f.

542 Kritisch auch KUNZ (Fn. 9), S. 389.

543 So noch BOMMER, Beschleunigung (Fn. 104), S. 176; SCHWANDER (Fn. 115), S. 146. – Im Rahmen der Ausarbeitung der Botschaft (Fn. 2) war das abgekürzte Verfahren im Entwurf der StPO zeitweilig nicht mehr vorgesehen. Nach einem Hearing mit Praktikern entschied jedoch der damalige Departementsvorsteher, es wieder aufnehmen zu lassen.



Fälle dank den Abkürzungen im abgekürzten Verfahren nicht mehr ans Tageslicht treten.<sup>544</sup> Denn es verliert durch die gesetzliche Regelung nicht einfach seine Problematik: Der Druck auf die Selbstbelastungsfreiheit und die Unschuldsvermutung als den beiden zentral betroffenen strafprozessualen Grössen besteht ungeachtet der rechtlichen Ordnung, die ihn legalisiert. Und die Absprache selber verharret, weil der Entwurf sie nicht regelt, im Soussol der Klandestinität und wird nicht etwa auf die Beletage prozessgesetzlicher Veredelung gehoben. Diesen Nachteilen wird die Staatsanwaltschaft bei ihrer Entscheidung Rechnung zu tragen und sie gegen die Vorteile der Verfahrensbeschleunigung abzuwägen haben.

Verfahrensbeschleunigung ist ein Mittel, um die Belastungen eines Prozesses so gering wie möglich zu halten (oder ein Urteil vor Ablauf der Verjährung zu ermöglichen). Zudem ist das Vertrauen in die Justiz von deren Fähigkeit abhängig, Verfahren innert nützlicher Frist zu einem Abschluss zu bringen, insofern ist Effizienz der Strafrechtspflege ein bedeutender Wert. Aber sie stellt keinen Wert an und für sich dar, sondern erst im Verbund mit ihrem Gegenstand, d.h. mit der (anders als die Verfahrensdauer schwer messbaren) rechtsstaatlichen Qualität des Verfahrens und des Urteils. Anders formuliert: Hohe Erledigungszahlen oder verkürzte Verfahrensdauern um den Preis von unsorgfältig geführten Verfahren und (damit) ungerechten Urteilen untergraben das Ziel, das sie eigentlich befördern sollten. Der Verfahrensbeschleunigung einen generellen Vorrang zulasten sorgfältiger Sachverhaltsermittlung einzuräumen, wäre ein verhängnisvoller Irrtum. Und auch für das schweizerische Normalverfahren gilt, was Justice Stevens für das ungleich aufwendigere amerikanische jury trial-Verfahren formuliert hat: «But the interest in fairness and reliability protected by the right to a jury trial (...) has always outweighed the interest in concluding trials swiftly.»<sup>545</sup> All jenen, die künftig die Entscheidung darüber zu treffen haben werden, ob der (weite) ordentliche Prozessweg über das abgekürzte Verfahren umgangen werden soll, mag dies als Mahnung dienen; überprüfen lässt sich ihre Entscheidung nicht.

544 Pessimistisch insofern DONATSCH/CAVEGN (Fn. 42), S. 172.

545 United States v. Booker, 543 U.S. 220 (Zitat S. 244), 125 S.Ct. 738, 160 L.Ed.2d 621 (2005).



## Anhang I

### Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007

#### 2. Kapitel: Abgekürztes Verfahren

##### Art. 358 Grundsätze

<sup>1</sup> Die beschuldigte Person kann der Staatsanwaltschaft bis zur Anklageerhebung die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen, wenn sie den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht und die Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennt.

<sup>2</sup> Das abgekürzte Verfahren ist ausgeschlossen, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren verlangt.

##### Art. 359 Einleitung

<sup>1</sup> Die Staatsanwaltschaft entscheidet über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens endgültig. Die Verfügung muss nicht begründet werden.

<sup>2</sup> Die Staatsanwaltschaft teilt den Parteien die Durchführung des abgekürzten Verfahrens mit und setzt der Privatklägerschaft eine Frist von 10 Tagen, um Zivilansprüche und die Forderung auf Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren anzumelden.

##### Art. 360 Anklageschrift

<sup>1</sup> Die Anklageschrift enthält:

- a. die Angaben nach den Artikeln 325 und 326;
- b. das Strafmass;
- c. Massnahmen;
- d. Weisungen bei Gewährung des bedingten Strafvollzugs;
- e. den Widerruf von bedingt ausgesprochenen Sanktionen oder Entlassungen aus dem Sanktionsvollzug;
- f. die Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche der Privatklägerschaft;
- g. die Kosten- und Entschädigungsfolgen;
- h. den Hinweis an die Parteien, dass diese mit der Zustimmung zur Anklageschrift auf ein ordentliches Verfahren sowie auf Rechtsmittel verzichten.

<sup>2</sup> Die Staatsanwaltschaft eröffnet die Anklageschrift den Parteien. Diese haben innert zehn Tagen zu erklären, ob sie der Anklageschrift zustimmen oder sie ablehnen. Die Zustimmung ist unwiderruflich.

<sup>3</sup> Lehnt die Privatklägerschaft die Anklageschrift innert Frist nicht schriftlich ab, so gilt dies als Zustimmung.

<sup>4</sup> Stimmen die Parteien zu, so übermittelt die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift mit den Akten dem erstinstanzlichen Gericht.

<sup>5</sup> Stimmt eine Partei nicht zu, so führt die Staatsanwaltschaft ein ordentliches Vorverfahren durch.

#### Art. 361 Hauptverhandlung

<sup>1</sup> Das erstinstanzliche Gericht führt eine Hauptverhandlung durch.

<sup>2</sup> An der Hauptverhandlung befragt das Gericht die beschuldigte Person und stellt fest, ob:

- a. sie den Sachverhalt anerkennt, welcher der Anklage zu Grunde liegt; und
- b. diese Erklärung mit der Aktenlage übereinstimmt.

<sup>3</sup> Das Gericht befragt wenn nötig auch die übrigen anwesenden Parteien.

<sup>4</sup> Ein Beweisverfahren findet nicht statt.

#### Art. 362 Urteil oder ablehnender Entscheid

<sup>1</sup> Das Gericht befindet frei darüber, ob:

- a. die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist;
- b. die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und mit den Akten übereinstimmt; und
- c. die beantragten Sanktionen angemessen sind.

<sup>2</sup> Sind die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren erfüllt, so erhebt das Gericht die Straftatbestände, Sanktionen und Zivilansprüche der Anklageschrift zum Urteil. Die Erfüllung der Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren wird summarisch begründet.

<sup>3</sup> Sind die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren nicht erfüllt, so weist das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens zurück. Das Gericht eröffnet den Parteien seinen ablehnenden Entscheid mündlich sowie schriftlich im Dispositiv. Dieser Entscheid ist nicht anfechtbar.

<sup>4</sup> Erklärungen, die von den Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben worden sind, sind nach der Ablehnung eines Urteils im abgekürzten Verfahren in einem folgenden ordentlichen Verfahren nicht verwertbar.

<sup>5</sup> Mit der Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren kann eine Partei nur geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche der Anklageschrift nicht.

## Anhang II

### Kantonale Regelungen des abgekürzten Verfahrens

*Tessin: Codice di procedura penale vom 19. Dezember 1994 (CPP; RL 3.3.3.1)*

#### Capitolo II – Procedura abbreviata

##### A. Istanza di procedura abbreviata

Art. 316a

<sup>1</sup> L'accusato può chiedere a qualsiasi stadio del procedimento, prima dell'emanazione dell'atto di accusa, che si proceda nei suoi confronti con procedura abbreviata; l'istanza deve essere firmata anche dal difensore.

<sup>2</sup> Il Procuratore pubblico decide discrezionalmente e senza obbligo di motivazione se respingere o dare seguito alla domanda.

## **B. Informazione alle parti lese**

Art. 316b

<sup>1</sup> Se il Procuratore pubblico ritiene di dare seguito all'istanza, ne informa le parti lese e le eventuali parti civili, fissando un termine di dieci giorni per presentare le loro domande di risarcimento, con l'avvertenza che, in caso di silenzio, verranno demandate al foro civile.

<sup>2</sup> Sono riservati i diritti delle vittime di reati che ledono direttamente l'integrità fisica, sessuale o psichica.

## **C. Atto di accusa**

Art. 316c – I. Principio

<sup>1</sup> Se il Procuratore pubblico ritiene opportuna la procedura abbreviata, formula l'atto di accusa in base alle informazioni raccolte, senza far capo alle formalità previste dagli art. 196e 197.

<sup>2</sup> Ottenuto il consenso delle parti, il Procuratore pubblico – con l'atto di accusa – deferisce formalmente l'accusato alla Corte delle Assise correzionali.

Art. 316d – Contenuto

<sup>1</sup> L'atto di accusa deve indicare, oltre a quanto previsto dall'art. 200 cpv. 1:

- a) una proposta di pena detentiva superiore a tre mesi e non superiore a tre anni, di pena pecuniaria superiore a novanta aliquote giornaliere o di lavoro di pubblica utilità superiore a 360 ore e la loro eventuale sospensione condizionale;
- b) ...
- c) l'eventuale indennizzo alla parte civile;
- d) l'eventuale proposta di revoca della sospensione condizionale di una precedente condanna;
- e) le eventuali proposte di misure.

<sup>2</sup> All'atto di accusa devono essere allegati gli atti del procedimento, come pure le dichiarazioni di consenso dell'accusato, del suo difensore e delle parti civili; tali dichiarazioni devono contenere l'avvertenza che esse non sono revocabili.

## **D. Dibattimento**

Art. 316e – I. Atti preparatori

Il presidente della Corte competente notifica l'atto di accusa entro tre giorni dalla ricevuta all'accusato, al suo difensore e alla parte civile, fissando il dibattimento di regola entro venti giorni da quando l'atto di accusa gli è stato trasmesso.

Art. 316f – II. Svolgimento

<sup>1</sup> Il dibattimento è diretto dal presidente senza la partecipazione degli assessori-giurati; al dibattimento devono essere presenti il Procuratore pubblico, l'accusato e il difensore e, solo se lo desiderano, le parti civili e i loro patrocinatori.

<sup>2</sup> Il presidente procede all'interrogatorio dell'accusato e all'esame degli atti e decide immediatamente, senza assumere altre prove e senza far procedere alle arringhe.

## **E. Sentenza**

Art. 316g

<sup>1</sup> Il presidente valuta liberamente la legalità e l'opportunità della procedura abbreviata, come pure il fondamento e l'adeguatezza di fatto e di diritto dell'atto di accusa e delle proposte di pena.

<sup>2</sup> Il presidente comunica il suo giudizio alle parti seduta stante e ne espone verbalmente i motivi essenziali.

<sup>3</sup> In caso di conferma dell'atto di accusa, il dispositivo viene intimato alle parti entro dieci giorni.

<sup>4</sup> In caso contrario, gli atti vengono rinviati al Procuratore pubblico competente in via di supplenza secondo l'art. 66 della legge sull'organizzazione giudiziaria per la riattivazione del procedimento secondo la procedura ordinaria.

<sup>5</sup> Contro la sentenza non è dato il rimedio del ricorso per cassazione.

## **Basel-Landschaft: Gesetz betreffend die Strafprozessordnung vom 3. Juni 1999 (StPO; SGS 251)**

### **IV. Abgekürztes Verfahren**

§ 137 Grundsatz

<sup>1</sup> Die angeschuldigte Person kann bei der Verfahrensleitung in jedem Verfahrensstadium bis vor die Erhebung der Anklage das abgekürzte Verfahren beantragen.

<sup>2</sup> Die Verfahrensleitung übermittelt den Antrag samt einer Stellungnahme unverzüglich der Staatsanwaltschaft. Diese kann dem Antrag stattgeben, wenn

- a. der der angeschuldigten Person zur Last gelegte Sachverhalt, soweit er für die rechtliche Beurteilung der Tat und die Festlegung der Sanktion erheblich ist, unbestritten ist, und
- b. allfällige privatrechtliche Ansprüche von Zivilparteien anerkannt oder durch Vergleich erledigt sind.

<sup>3</sup> Der Entscheid der Staatsanwaltschaft wird nicht begründet und ist nicht anfechtbar.

§ 138 Ankündigung

<sup>1</sup> Entscheidet sich die Staatsanwaltschaft für das abgekürzte Verfahren, teilt sie dies den Parteien mit und setzt den Zivilparteien für die Anmeldung ihrer Forderungen eine Frist von 10 Tagen. Forderungen, die nicht innert Frist angemeldet werden, müssen vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden.

<sup>2</sup> In Bundesstrafsachen verständigt sich die Staatsanwaltschaft mit der Bundesanwaltschaft.

### § 139 Anklageschrift

<sup>1</sup> Die Staatsanwaltschaft arbeitet aufgrund der Akten die Anklageschrift in Form eines Entwurfs des Urteilsdispositivs aus und eröffnet diese den Parteien.

<sup>2</sup> Die Anklageschrift enthält insbesondere:

- a. die Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertretungen;
- b. die Beschreibung der strafbaren Handlungen, die der angeklagten Person zur Last gelegt werden;
- c. die Angabe der Gesetzesbestimmungen, nach denen die unter Anklage gestellten Handlungen strafbar sind;
- d. das vorgesehene Strafmass und gegebenenfalls eine kurze Begründung im Sinne von Artikel 41 StGB;
- e. allfällige Weisungen bei Gewährung des bedingten Strafvollzugs;
- f. allfällige Nebenstrafen oder Massnahmen;
- g. allfällige Sicherheitsleistungen;
- h. die Regelung über die Vollstreckbarkeit allfälliger bedingt vollziehbarer Vorstrafen;
- i. die Regelung über allfällige zivilrechtliche Ansprüche;
- k. die Gebühren und Verfahrenskosten;
- l. den Hinweis, dass die Parteien sowie in Bundesstrafsachen die Bundesanwaltschaft unwiderruflich dem abgekürzten Verfahren zugestimmt und auf Rechtsmittel verzichtet haben.
- m. eine allfällige Meldung gemäss § 175a. § 175a gilt sinngemäss.

### § 140 Eröffnung der Anklageschrift, Zustimmung

<sup>1</sup> Die Anklageschrift wird den Parteien und in Bundesstrafsachen der Bundesanwaltschaft eröffnet.

<sup>2</sup> Die angeschuldigte Person hat innert 10 Tagen seit Eröffnung schriftlich zu erklären, ob sie der Anklageschrift zustimmt oder nicht. Eine Zustimmung muss ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet werden und einen Verzicht auf Rechtsmittel enthalten.

<sup>3</sup> Die übrigen Parteien sowie in Bundesstrafsachen die Bundesanwaltschaft können innert 10 Tagen seit Eröffnung schriftlich ihre Ablehnung der Anklageschrift erklären. Erfolgt keine solche Erklärung, gilt dies als Zustimmung.

<sup>4</sup> Stimmen alle Beteiligten gemäss den Absätzen 2 und 3 zu, wird die Anklageschrift samt den Verfahrensakten und Zustimmungserklärungen an das zuständige Gericht weitergeleitet. Andernfalls wird das ordentliche Verfahren weitergeführt.

### § 141 Gerichtsverfahren

<sup>1</sup> Das gerichtliche Bestätigungsverfahren erfolgt in öffentlicher Verhandlung.

<sup>2</sup> Auf die Durchführung einer Parteiverhandlung kann verzichtet werden. Das Urteil wird in jedem Fall öffentlich verkündet.

<sup>3</sup> Das Gericht entscheidet ohne weitere Beweismassnahmen, im Falle einer Parteiverhandlung aber nach Anhörung der Parteien, in der Regel innert eines Monats seit Eingang der Akten.

§ 142 Gerichtsentscheid

<sup>1</sup> Das Gericht befindet frei darüber, ob das abgekürzte Verfahren rechtmässig und angebracht ist, und ob die Anklage sowie die vorgeschlagene Sanktion in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zutreffen.

<sup>2</sup> Bestätigt das Gericht die Anklageschrift, wird diese zum Urteil. Der Gerichtsentscheid wird zusammen mit der Anklageschrift innert 10 Arbeitstagen den Parteien zugestellt.

<sup>3</sup> Bestätigt es die Anklageschrift nicht, gehen die Akten zurück an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens. Die Zustimmungserklärungen und allfällige weitere Zugeständnisse, welche die Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren gemacht haben, werden damit gegenstandslos.

<sup>4</sup> Der Entscheid wird sofort mündlich eröffnet und kurz begründet.

<sup>5</sup> Gegen den Entscheid ist kein Rechtsmittel gegeben.

**Zug: Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940  
(StPO; BGS 321.1)**

**6. Abgekürztes Verfahren**

§ 69<sup>ter</sup> Grundsatz

<sup>1</sup> Der Beschuldigte kann während der Untersuchung das abgekürzte Verfahren beantragen. Der Staatsanwalt übermittelt den während der Untersuchung gestellten Antrag samt einer Stellungnahme unverzüglich dem Oberstaatsanwalt.

<sup>2</sup> Der Oberstaatsanwalt kann dem Antrag stattgeben, wenn:

- a) der zur Last gelegte Sachverhalt, soweit er für die rechtliche Beurteilung der Tat und die Festlegung der Sanktion erheblich ist, unbestritten ist;
- b) allfällige Zivilansprüche von Privatklägern zumindest im Grundsatz anerkannt oder durch Vergleich geregelt sind.

<sup>3</sup> Der Entscheid des Oberstaatsanwalts wird nicht begründet und ist nicht anfechtbar.

§ 69<sup>quater</sup> Ankündigung

<sup>1</sup> Entscheidet sich der Oberstaatsanwalt vor Abschluss der Untersuchung für das abgekürzte Verfahren, teilt er dies den Parteien mit und setzt den Privatklägern für die Anmeldung ihrer Forderungen eine Frist von 10 Tagen. Forderungen, die nicht innert Frist angemeldet werden, müssen beim Zivilrichter geltend gemacht werden.

<sup>2</sup> In Bundesstrafsachen verständigt sich der Oberstaatsanwalt mit der Bundesanwaltschaft.

§ 69<sup>quinqies</sup> Anklageschrift

<sup>1</sup> Der Oberstaatsanwalt arbeitet aufgrund der Akten die Anklageschrift in Form eines Entwurfs des Urteilsdispositivs aus und eröffnet diese dem Beschuldigten.



<sup>2</sup> Die Anklageschrift enthält insbesondere:

- a) die Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertretungen;
- b) die Beschreibung der strafbaren Handlungen, die der beschuldigten Person zur Last gelegt werden;
- c) die Angabe der Gesetzesbestimmungen, nach denen die unter Anklage gestellten Handlungen strafbar sind;
- d) die vorgesehenen Strafen und Massnahmen;
- e) Weisungen, die der beschuldigten Person für die Probezeit erteilt werden;
- f) die Regelung über zivilrechtliche Ansprüche der Privatkläger;
- g) die Kosten- und Entschädigungsfolgen;
- h) den Hinweis, dass der Beschuldigte dem abgekürzten Verfahren zugestimmt hat.

#### § 69<sup>sexies</sup> Eröffnung der Anklageschrift, Zustimmung

<sup>1</sup> Die Anklageschrift wird dem Beschuldigten und in Bundesstrafsachen der Bundesanwaltschaft eröffnet, mit einer Frist von 10 Tagen zur Erklärung ihrer Zustimmung bzw. Ablehnung. Die Zustimmung des Beschuldigten muss ausdrücklich erfolgen und als unwiderruflich bezeichnet sein. Im Übrigen wird Stillschweigen als Zustimmung gewertet.

<sup>2</sup> Stimmen die in Absatz 1 genannten Beteiligten zu, wird die Anklageschrift samt den Verfahrensakten und Zustimmungserklärungen an das zuständige Gericht weitergeleitet. Andernfalls wird das ordentliche Verfahren weitergeführt.

#### § 69<sup>septies</sup> Gerichtsverfahren

<sup>1</sup> Das gerichtliche Bestätigungsverfahren erfolgt in öffentlicher Verhandlung.

<sup>2</sup> Das Gericht kann auf die Durchführung einer Parteiverhandlung verzichten. Ein Verzicht ist nicht zulässig, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren oder eine Verwahrung beantragt wird.

<sup>3</sup> Das Gericht entscheidet ohne weitere Beweismassnahmen, im Falle einer Parteiverhandlung aber nach Anhörung der Parteien, in der Regel innert eines Monats seit Eingang der Akten.

#### § 69<sup>octies</sup> Gerichtsentscheid

<sup>1</sup> Das Gericht befindet frei darüber, ob das abgekürzte Verfahren rechtmässig und angebracht ist, und ob die Anklage sowie die vorgeschlagene Sanktion in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zutreffen.

<sup>2</sup> Bestätigt das Gericht die Anklageschrift, wird diese zum Urteil. Der Gerichtsentscheid wird zusammen mit der Anklageschrift innert 10 Arbeitstagen den Parteien zugestellt.

<sup>3</sup> Bestätigt es die Anklageschrift nicht, gehen die Akten zurück an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens. Die Zustimmungserklärungen und allfällige weitere Zugeständnisse, welche die Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren gemacht haben, werden damit gegenstandslos.

<sup>4</sup> Der Entscheid wird sofort mündlich und ohne weitere Begründung eröffnet.

<sup>5</sup> Mittels Beschwerde kann gegen das Urteil einzig geltend gemacht werden, der Anklage sei nicht zugestimmt worden oder das Urteil entspreche nicht der Anklage.

## Anhang III

Sentencing Table (in Monaten Freiheitsstrafe) der United States  
Sentencing Commission

Offense Level		Criminal History Category (Criminal History Points)					
		I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
Zone A	1	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6
	2	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6	1–7
	3	0–6	0–6	0–6	0–6	2–8	3–9
	4	0–6	0–6	0–6	2–8	4–10	6–12
	5	0–6	0–6	1–7	4–10	6–12	9–15
	6	0–6	1–7	2–8	6–12	9–15	12–18
	7	0–6	2–8	4–10	8–14	12–18	15–21
	8	0–6	4–10	6–12	10–16	15–21	18–24
Zone B	9	4–10	6–12	8–14	12–18	18–24	21–27
	10	6–12	8–14	10–16	15–21	21–27	24–30
Zone C	11	8–14	10–16	12–18	18–24	24–30	27–33
	12	10–16	12–18	15–21	21–27	27–33	30–37
Zone D	13	12–18	15–21	18–24	24–30	30–37	33–41
	14	15–21	18–24	21–27	27–33	33–41	37–46
	15	18–24	21–27	24–30	30–37	37–46	41–51
	16	21–27	24–30	27–33	33–41	41–51	46–57
	17	24–30	27–33	30–37	37–46	46–57	51–63
	18	27–33	30–37	33–41	41–51	51–63	57–71
	19	30–37	33–41	37–46	46–57	57–71	63–78
	20	33–41	37–46	41–51	51–63	63–78	70–87
	21	37–46	41–51	46–57	57–71	70–87	77–96
	22	41–51	46–57	51–63	63–78	77–96	84–105
	23	46–57	51–63	57–71	70–87	84–105	92–115
	24	51–63	57–71	63–78	77–96	92–115	100–125

Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)					
	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
<b>25</b>	57–71	63–78	70–87	84–105	100–125	110–137
<b>26</b>	63–78	70–87	78–97	92–115	110–137	120–150
<b>27</b>	70–87	78–97	87–108	100–125	120–150	130–162
<b>28</b>	78–97	87–108	97–121	110–137	130–162	140–175
<b>29</b>	87–108	97–121	108–135	121–151	140–175	151–188
<b>30</b>	97–121	108–135	121–151	135–168	151–188	168–210
<b>31</b>	108–135	121–151	135–168	151–188	168–210	188–235
<b>32</b>	121–151	135–168	151–188	168–210	188–235	210–262
<b>33</b>	135–168	151–188	168–210	188–235	210–262	235–293
<b>34</b>	151–188	168–210	188–235	210–262	235–293	262–327
<b>35</b>	168–210	188–235	210–262	235–293	262–327	292–365
<b>36</b>	188–235	210–262	235–293	262–327	292–365	324–405
<b>37</b>	210–262	235–293	262–327	292–365	324–405	360–life
<b>38</b>	235–293	262–327	292–365	324–405	360–life	360–life
<b>39</b>	262–327	292–365	324–405	360–life	360–life	360–life
<b>40</b>	292–365	324–405	360–life	360–life	360–life	360–life
<b>41</b>	324–405	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life
<b>42</b>	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life
<b>43</b>	life	life	life	life	life	life