

06
—
23**legalis brief**
Fachdienst
Strafrecht
Leitartikel**Unentgeltliche Rechtspflege und Forderungsbezifferung nach nStPO aus Opfersicht**

Gemäss der voraussichtlich am 1.1.2024 in Kraft tretenden StPO-Revision (nStPO) kann dem Opfer auch für die Strafküglerschaft die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden. Sie wird dem Opfer allerdings auch bei amtlicher Verteidigung des Beschuldigten nur bei Mittellosigkeit gewährt. Damit bleibt die Revision auf halbem Weg stehen. Zudem wird die Stellung der Privatküglerschaft mit weiteren Bestimmungen wie der Verpflichtung zur Neubeantragung der unentgeltlichen Rechtspflege vor zweiter Instanz und der frühen Forderungsbegründung und -bezifferung erschwert. Solche Bestimmungen verletzen die Waffengleichheit zwischen den Parteien (Privatküglerschaft und beschuldigter Person). Sie wirken zudem abschreckend auf die Geschädigten, was der staatlichen Aufgabe der Rechtsverfolgung zuwiderläuft. In der Folge sollen diese Änderungen der StPO im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Opfer erklärt und kritisch beleuchtet werden. Die wichtigen Änderungen im Strafbefehlsverfahren werden in einer späteren Ausgabe von legalis brief – Fachdienst Strafrecht thematisiert[1].

1. Die unentgeltliche Rechtspflege

Hier hat es drei wesentliche Änderungen:

1.1. Unentgeltliche Rechtspflege für die Strafküglerschaft (Art. 136 Abs. 1 b u. c nStPO[1])

Die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteiständung gibt es neu auch für Geschädigte, die sich einzig als Strafküglerschaft konstituieren. Dies gilt allerdings nur für Opfer, das heisst, die Geschädigten, die in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden sind (**Art. 116 StPO**), und nicht für die übrigen Geschädigten.

Ist die beschuldigte Person amtlich verteidigt, dürfen dabei gemäss Botschaft «nicht allzu strenge Anforderungen» an die Notwendigkeit einer Rechtsverteiständung gestellt werden [2]. Besser wäre gewesen, im Gesetz ausdrücklich vorzusehen, dass bei amtlicher Verteidigung die Notwendigkeit einer Rechtsvertretung des Opfers zu bejahen ist. Dies ist schon aus Gründen der Waffengleichheit erforderlich. Wie in der Botschaft zu Recht festgehalten: Das Opfer, das im Strafverfahren der beschuldigten Person mit seinem amtlichen Verteidiger allein gegenübersteht, reagiert oft eingeschüchtert, fühlt sich ausgeliefert und wird wieder in die Opferrolle gedrängt[3]. Dies führt unter Umständen dazu, dass seitens des unvertretenen Opfers «Aussagen nicht oder nur abschwächend gemacht werden»[4], was der materiellen Wahrheitsfindung zuwiderläuft. Dass die Staatsanwaltschaft für die Untersuchung und Durchsetzung des Strafanspruchs zuständig ist und das Opfer für die Strafküglerschaft somit keine (unentgeltliche) Rechtsverteiständung benötigt[5], zielt an der Sache vorbei. Die Staatsanwaltschaft ist unparteiische Ermittlerin, die be- und entlastenden Umständen gleichermassen nachgeht. So wenig, wie sie eine Verteidigung überflüssig macht, macht sie eine Geschädigtenvertretung überflüssig. Schon

nur die – in der Vernehmlassung des Kantons Zug erwähnten[6] – vielen Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft ein Verfahren gegen den Willen des Opfers einstellt, zeigt die Notwendigkeit einer rechtskundigen Vertretung für das Opfer. Das Opfer ist, genauso wie die beschuldigte Person, zur gehörigen Rechts- und Interessenwahrung auf Rechtsvertretung angewiesen.

Unverständlich ist, dass die unentgeltliche Rechtsverteidigung auch bei amtlicher Verteidigung der beschuldigten Person von der Mittellosigkeit des Opfers abhängig gemacht wird. Es ist stossend, dass ein Opfer die Kosten seiner notwendigen Rechtsvertretung selber tragen soll. Im Unterschied zum Straftäter bei Vorsatz-Delikten ist das Opfer **unfreiwillig** in diese Situation gelangt. Es geht im Strafrecht nicht wie im Zivilrecht um Obsiegen und Unterliegen, sondern um die Beurteilung der Tat und ihrer Folgen. Die beschuldigte Person muss die Kosten des Verfahrens nicht tragen, weil sie unterliegt, sondern weil sie die Folgen ihrer Tat inklusive der Kostenfolgen zu tragen hat[7]. Auch die Kosten der Geschädigtenvertretung gehören zu diesen Kosten und sind im Rahmen von **Art. 426 StPO** von der beschuldigten Person oder im Rahmen von **Art. 423 StPO** vom Staat zu tragen[8]. Dass die Kostenaufgabe an die beschuldigte Person am Ende des Verfahrens nicht genügt, liegt auf der Hand: Einerseits besteht in vielen Fällen Unerhältlichkeit, andererseits ist dem Opfer – z.B. einem Vergewaltigungsopfer – nicht zumutbar, die Kosten beim Täter einzufordern. Diese Kosteneinforderung obliegt vielmehr genau gleich wie bei den übrigen Prozesskosten dem Staat. Und nicht zuletzt führt der Grundsatz «in dubio pro reo» dazu, dass sogar bei wahrscheinlicher (aber eben nicht «zweifelsfreier») Täterschaft ein Freispruch zu erfolgen hat. Dies ist ein fundamentaler Grundsatz unserer Rechtsordnung. Es geht nicht an, dass das Opfer in solchen Fällen auf seinen Anwaltskosten «sitzen bleibt» und so im Endeffekt die finanziellen Folgen dieses zugunsten des Beschuldigten wirkenden Grundsatzes zu tragen hat. Der Staat spart hier auf Kosten der Opfer (faktisch vor allem des Mittelstandes), und dies, obwohl die Vertretungskosten der Geschädigten meist massiv unter den Verteidigungskosten liegen.

1.2. Neubeantragung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren (Art. 136 Abs. 3 StPO)

Die Privatklägerschaft (und zwar sowohl die Strafküglerschaft wie auch die Zivilküglerschaft) muss die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung im Rechtsmittelverfahren neu beantragen. Auch dies verletzt die Waffengleichheit mit der beschuldigten Person, bei welcher sich das amtliche Mandat «automatisch auch auf das Berufungsverfahren» erstreckt [9].

Die Bestimmung bedeutet Mehraufwand für uns Geschädigtenvertreterinnen. Dieser kann beträchtlich sein, wenn die Opfer im Ausland wohnen und/oder bürokratieungewandt sind. Vor allem aber wird dem Opfer ein Kostenrisiko aufgebürdet: Zunächst ist da das Kostenrisiko bis zum Entscheid der Zweitinstanz über die unentgeltliche Rechtspflege. Wird die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung abgelehnt, muss sich das Opfer entscheiden, ob es hohe Kosten in Kauf nimmt oder auf Rechtsvertretung verzichtet. Im zweiten Fall wird es prozessual allein gelassen mit all den Folgen, die in der Botschaft erkannt wurden[10].

Sollen Opfer wirklich zusätzlich zum Umstand, dass sie durch die an ihnen verübten Taten erheblich in ihrer Integrität verletzt wurden und zusätzlich zum Umstand, dass das ganze Strafverfahren für sie eine grosse Belastung darstellt und die Einvernahmen oft retraumatisierend wirken, auch noch die Kosten für ihre notwendige Rechtsverteidigung selber tragen?

Das ist unbillig, umso mehr als bereits die Kostenaufgabe nach **Art. 428 StPO** systemwidrig aus dem Zivilrecht stammt[11]. Mit solchen Bestimmungen werden die Rechte des Opfers auf zweitinstanzliche Urteilsüberprüfung geschmälert, ja das Opfer wird prozessual ausgebrems. Solche Bestimmungen schrecken die Geschädigten von der Teilnahme am Verfahren ab, was der staatlichen Aufgabe der Rechtsverfolgung und materiellen Wahrheitsfindung zuwiderläuft.

1.3. Keine Rückerstattungspflicht für die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 138 Abs. 1^{bis} nStPO)

Opfer und deren Angehörige müssen gemäss Art. 138 Abs. 1^{bis} nStPO die Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege nicht zurückzuerstatten. Auch diese Bestimmung gilt – wie die neu gewährte unentgeltliche Rechtspflege für die Strafküglerschaft – nur für Opfer, nicht für die übrigen Geschädigten. Dass die Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege vom Opfer nicht zurückgefordert werden dürfen, galt bisher schon teilweise aufgrund der Rechtsprechung, die Art. 30 Abs. 3 OHG als lex specialis zu Art. 138 StPO betrachtete[12]. Positiv zu werten ist, dass die Bestimmung nun ausdrücklich in der StPO festgeschrieben ist und – wie in der Botschaft ausdrücklich festgehalten[13] – auf das Rechtsmittelverfahren ausgeweitet wurde.

2. Zeitpunkt der Bezifferung und Begründung der Zivilklage (Art. 123 Abs. 2 i.V. mit Art. 331 Abs. 2, 2. Satz nStPO)

Bisher erfolgten Bezifferung und Begründung der Zivilforderung in der Hauptverhandlung. Neu soll dies bereits zusammen mit den Beweisanträgen, d.h. oft Monate vor der Hauptverhandlung, gemacht werden. Dass gleichzeitig Belege eingereicht werden müssen, ergibt sich aus der Botschaft[14] und entspricht der ratio legis. Die neue Bestimmung verkennt die Situation der Opfer. In der Zeit bis zur Hauptverhandlung können entschädigungs- und genugtuungsrelevante Änderungen eintreten. Die Bestimmung verletzt das Unmittelbarkeitsprinzip einseitig zulasten der Privatküglerschaft und damit einmal mehr die Waffengleichheit zur beschuldigten Person[15]. Auch verkennt die Bestimmung, dass insbesondere die Genugtuung – die in Fällen mit Opferbeteiligung eine wesentliche Rolle spielt – auf der Strafkülage und ihrer Begründung beruht. Die Strafkülage wird von der Privatküglerschaft jedoch erst an der Hauptverhandlung begründet, und zwar meist nur in Ergänzung zu den Ausführungen der Staatsanwaltschaft. Da diese Begründungen noch ausstehen, fehlt zum Zeitpunkt der Forderungseingabe nach Art. 123 Abs. 2 nStPO das Fundament, auf welches sich die Forderung stützt.

Aus all diesen Gründen muss diese Bestimmung zugunsten der Privatküglerschaft weit ausgelegt werden. Es muss grosszügige Fristerstreckungen geben. Eine Kurzbegründung der Forderung muss genügen – es darf nicht sein, dass wir Geschädigtenvertreterinnen unser ganzes Plädoyer zur Zivilforderung bereits Monate vor der Hauptverhandlung schriftlich einreichen müssen. Und genauso wie Art. 331 Abs. 2 Satz 1 StPO spätere Beweisanträge nicht ausschliesst – diese sind gemäss der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung von Art. 345 StPO vielmehr bis zu Beginn der Parteivorträge möglich – muss (entgegen dem, was die Botschaft suggeriert[16]) bis zu diesem Zeitpunkt auch die Möglichkeit zur Änderung und Ergänzung von Bezifferung und Begründung der Zivilforderung bestehen[17]. Die Folgen der nicht rechtzeitigen Bezifferung und Begründung dürfen somit entsprechend der Gesetzessystematik nicht anders als diejenigen gemäss Satz 1 von Art. 331 Abs. 2 StPO nur in möglichen Kosten- und Entschädigungsfolgen bestehen. Solche Kostenaufgaben dürfen keinen Strafcharakter haben und müssen adäquat kausal sein[18]. Ein ärztlicher Verlaufsbericht über die psychischen und/oder physischen Folgen der Straftat oder die Aufdatierung des Schadens per Verhandlungszeitpunkt dürfen nicht für eine adäquat-kausale Kostenaufgabe reichen[19].

Bis sich eine Rechtsprechung etabliert hat, ist jedoch Vorsicht am Platz. Zu empfehlen ist daher, bei Eingabe der Zivilforderung im Rahmen von Art. 123 Abs. 2 nStPO den Vorbehalt von Änderungen und von weiteren Belegen zu machen, aber dennoch die Forderung innert Frist so weit wie möglich zu beziffern, zu begründen und zu belegen. Und selbstverständlich ist es einfacher, die Forderung an der Hauptverhandlung zu reduzieren als sie zu erhöhen, weshalb im Zweifel der höhere Betrag einzugeben ist.

3. Fazit

Es ist paradox, dass unter dem Titel Opferschutz immer harschere Strafen und Verwahrungen gefordert und ausgesprochen werden. Das konkrete Opfer aber – der Mensch, der das Pech hat, Opfer einer Straftat zu sein – wird prozessual ausgebremst – und dies, obwohl gemäss **Art. 152 StPO** die Persönlichkeitsrechte des Opfers auf allen Stufen des Verfahrens zu wahren sind.

Es wird Zeit, dass nicht nur die Strafbehörden – hier hat sich in den letzten Jahren einiges getan – sondern auch das Parlament endlich seinen täterzentrierten Blickwinkel auch auf die Opfer ausweitet. Es ist eine Fehlüberlegung, dass die Gewährung von Opferrechten unrechtmässig in die Beschuldigtenrechte eingreift. Vielmehr ist es ein wesentliches rechtsstaatliches Ziel, die Opferrechte (auch prozessual) zu wahren, und sie weder den Beschuldigtenrechten noch einem schlanken Gerichtsverfahren zu opfern. Bis das Parlament seiner Aufgabe nachkommt, sind die Strafbehörden gefordert, die Opferrechte durch eine grosszügige Auslegung der prozessualen Bestimmungen zu wahren. Alles andere würde die Waffengleichheit der Parteien und das von EMRK und BV statuierte Recht auf ein faires Verfahren und auf gleiche und gerechte Behandlung verletzen und die Rechte der Opfer ungebührlich schmälern.

[1] Herzlichen Dank für die kritische Durchsicht an Susanne Casetti und Regula Müller, Rechtsanwältinnen, Zürich.

[1] Schweizerische Strafprozessordnung, Änderung vom 17. Juni 2022, BBl 2022 1560.

[2] Botschaft vom 28. August 2019 zur Änderung der Strafprozessordnung, BBl 2019 6735 Ziff. 4.1.; auch die Kantone Zug und Zürich haben in ihren Vernehmlassungen explizit auf diesen Umstand hingewiesen (siehe Endnote 4). Damit ist die Rechtsprechung gemäss Urteil des Bundesgerichtes **BGer 1B_347/2021** vom 9.3.2022 E. 3.3. obsolet, zumindest aber stark zu relativieren.

[3] BBl 2019 6735 Ziff. 4.1., Art. 136 Abs. 1, Abs. 2 Bst. c und Abs. 3.

[4] Darauf haben in der Vernehmlassung (Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens, Stellungnahmen der Kantone, abrufbar unter www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo.html, die Kantone Zug (Vernehmlassung Kanton Zug vom 6. März 2028 S. 7 Ziff. 11) und Zürich (Vernehmlassung Kanton Zürich vom 28. März 2018 Ziff. II 1 S. 8 f.) hingewiesen.

[5] So die Kantone Baselstadt und St. Gallen sowie das Obergericht Schaffhausen gemäss Bundesamt für Justiz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zur Änderung der Strafprozessordnung, August 2019, S.9, Ziff. 1.16.

[6] Vernehmlassung Kanton Zug, siehe oben bei Endnote 4.

[7] Vgl. Yvona Griesser, in: Zürcher Kommentar Strafprozessordnung, 3. Auflage 2020, N. 1 zu **Art. 426 StPO**: «die beschuldigte Person [hat] die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens als Folge der Tat veranlasst».

[8] Vgl. Yvona Griesser, a.a.O., N. 1 zu **Art. 423 StPO**.

[9] Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Leitfaden für amtliche Mandate, 3.A. 2020 Ziff. 4 S. 9 (vorbehalten bleibt selbstverständlich ein Widerrufsgrund, a.a.O. Ziff. 2.2. S. 23 f.).

[10] Siehe Ausführungen oben bei Endnote 3 (BBl 2019 6735 Ziff. 4.1., Art. 136 Abs. 1, Abs. 2 Bst. c und Abs. 3).

[11] Auch im zweitinstanzlichen Verfahren gibt es keinen Grund, dem Opfer Kosten, die nicht mit dem Zivilpunkt in Zusammenhang stehen, aufzuerlegen. Die Strafverfolgung ist eine staatliche Aufgabe, und zwar auch dann, wenn sich die Privatklägerschaft am Verfahren beteiligt (vgl. Yvona Griesser, a.a.O., N. 11 zu **Art. 427 StPO**). Der geschädigten Person bzw. gar dem Opfer Kosten aufzuerlegen, geht nicht an. Es gilt Ziff. 1.1. oben.

[12] **BGE 143 IV 154** E.2.3.4.

[13] BBl 2019 6736 Ziff. 4.1.; anders die bisherige Rechtsprechung: **BGE 143 IV 154** E.2.3.5, Urteil des Bundesgerichtes **BGer 6B_1359/2020** vom 15.2.2022 E. 3.3.

[14] BBl, 2019 6729 Ziff. 4.1.

[15] Das Unmittelbarkeitsprinzip gilt in der StPO bekanntlich nur teilweise. Das Problem liegt in der einseitigen Benachteiligung der Privatklägerschaft.

[16] BBl 2019 6729 Ziff. 4.1.

[17] Bei der Auslegung ist zu beachten: Die Bestimmung wurde (nach massiver Kritik am Vorentwurf, welcher die Zivilforderung spätestens mit Abschluss des Untersuchungsverfahrens beziffert und begründet haben wollte) weitgehend entsprechend dem Vorschlag in der Freiburger Vernehmlassung übernommen, welche hierzu ausdrücklich festhält «il serait plus judicieux de permettre aux parties civiles de compléter leurs conclusions jusqu'au début des débats» (Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens, Kanton Freiburg, Staatsrat, Réponse à la consultation du 6 mars 2018, Ziff. II 1, zu **Art. 123 Abs. 2 VE-StPO**, Link gemäss Endnote 3). Damit entspricht die vorliegende Auslegung der ratio legis und der historischen Auslegung der geänderten Bestimmung.

[18] Es gilt analog, was Thomas Domeisen, in: Basler Kommentar Strafprozessordnung /Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage 2014, N. 3 zu **Art. 426 StPO** bezüglich der Kostenauflage an die beschuldigte Person festhält.

[19] Anders z.B., wenn das Gericht aufgrund der Ergänzungen der Privatklägerschaft nach Abschluss des Beweisverfahrens neue Beweise abnehmen und die Verhandlung vertagen muss (**Art. 349 StPO**).

Claudia Schaumann