



Angela Agostino-Passerini, MLaw MLaw, Advokatin, Basel



Prof. Dr. Niklaus Ruckstuhl, Advokat, Allschwil

Strafvollzug ohne rechtskräftiges Urteil – ein Unding im Rechtsstaat

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Prozessgeschichte: Vollzug eines nicht zugestellten Strafbefehls
- III. Zustellfiktion für Strafbefehle gemäss Art. 88 Abs. 4 StPO
 1. Voraussetzungen
 2. EMRK-Konformität
- IV. Rechtskraft des Strafbefehls und Einsprache
 1. Die Wirkung des Strafbefehls bis zur Einsprache
 2. Die Wirkung der Einsprache
- V. Genugtuung bei rechtswidrigem Strafvollzug
 1. Rechtsgrundlage
 2. Anrechenbarkeit oder Genugtuung für rechtswidrigen Strafvollzug
- VI. Schlusswort

I. Einleitung

Eine Person sitzt, ohne je ein rechtskräftiges Urteil, geschweige denn einen Richter gesehen zu haben, mehrere Monate «hinter Gittern»¹: Was wie eine Filmszene oder allenfalls eine amerikanische Tragödie anmutet, ist in unserem Rechtsstaat Wirklichkeit. Diese Konstellation kommt sogar häufiger vor, als man erwarten respektive erhoffen würde.² An-

¹ Die Ausgangslage gründet auf einem aktuellen Fall (s. II. Prozessgeschichte).

² Die Dunkelziffer solcher Fälle ist wohl hoch. Noch während der Ausarbeitung dieses Aufsatzes wandten sich (zufälligerweise) zwei neue Mandanten an die Autorin, die sich ebenfalls, ohne je einen Strafbefehl erhalten zu haben, bereits seit Monaten im Strafvollzug befanden (binnen weniger Tage wurden beide auf Intervention hin aus dem Strafvollzug entlassen). In einem dieser Fälle wurde eine Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe umgewandelt, wobei der Betroffene mangels Kenntnis nie eine tatsächliche Zahlungsmöglichkeit hatte. Welche zusätzlichen rechtlichen Fragen diese Konstellation aufwirft, muss jedoch Thema einer anderen Abhandlung bleiben.

hand eines aktuellen Falls wird vorliegend aufgezeigt, dass auch die Schweiz nicht davor gefeit ist, jemanden ohne rechtskräftiges Urteil in den Strafvollzug zu versetzen. Die erste drängende Frage lautet: Wie ist dies überhaupt möglich? In einem zweiten Schritt interessiert dann die Reaktion des Staates auf eine solche Situation; spricht, welche Entschädigungsfolgen zieht ein rechtswidriger Strafvollzug nach sich?

II. Prozessgeschichte: Vollzug eines nicht zugestellten Strafbefehls

Gegen den Asylbewerber A wurde am 9. 10. 2019 ein Strafbefehl erlassen, der ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 140 Tagen belegte. Der Strafbefehl wurde an eine Asylunterkunft geschickt, an der er jedoch nicht mehr angetroffen werden konnte. Nachdem die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl am 6. 11. 2019 noch ein zweites Mal erfolglos an eine andere Asylunterkunft versandt hatte, erklärte sie den Strafbefehl für rechtskräftig. Am 12. 3. 2020 wurde A von der Polizei kontrolliert und aufgrund des für rechtskräftig erklärten Strafbefehls in den Strafvollzug versetzt. Über einen Monat später wurde A in einer anderen Angelegenheit zur Einvernahme vorgeführt, anlässlich derer die piketthabende Verteidigerin beigezogen wurde. Erst mit erfolgter Akteneinsicht im neuen Verfahren erhielt A erstmals *tatsächlich* Kenntnis vom Strafbefehl. Er erhob daraufhin umgehend Einsprache und beantragte die sofortige Entlassung sowie eine Genugtuung für den rechtswidrigen Strafvollzug. Die Staatsanwaltschaft erachtete die Einsprache als verspätet und überwies die Angelegenheit ans Strafgericht. Das Strafgericht stellte mit Verfügung vom 18. 5. 2020 fest, dass die Einsprache rechtzeitig erfolgte, und zwar mit folgender Begründung:

«Aus den Akten geht nicht hervor, an welcher Adresse sich der Einsprecher zum Zeitpunkt der mutmasslichen Straftaten, konkret am 13. 8. 2019, regulär aufgehalten hat. In den Akten werden verschiedene Anschriften genannt:

X, Y und Z. Die erste Zustellung des Strafbefehls ist an die Adresse in Z erfolgt. Die Sendung wurde im Oktober 2019 mit dem Vermerk «unbekannt, retour an Absender» zurückgeschickt. Die zweite Zustellung ging im November 2019 an die Adresse in X. Auch von dort wurde sie retourniert mit dem Vermerk «abgereist, verschwunden». Angesichts dessen, dass vollkommen unklar ist, ob die Zustellung jeweils an die aktuelle Adresse erfolgt ist, resp. ob überhaupt eine dieser Adressen einmal gültig war, kann nicht auf die Zustellfiktion gemäss Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO zurückgegriffen werden.»

Weiter entliess das Strafgericht A mit folgender Begründung nicht aus dem Strafvollzug:

«Der Beschuldigte befindet sich aktuell im Vollzug der Strafe, welche gegen ihn durch den (mittlerweile) angefochtenen Strafbefehl ausgesprochen worden ist. Gegen die Feststellung, dass die Einsprache im Zweifel rechtzeitig erfolgt sei, hat die Staatsanwaltschaft ein Beschwerderecht. Wie allseits bekannt ist, beträgt die Beschwerdefrist 10 Tage, und sie läuft ab Erhalt der Verfügung. Bis zum Zeitpunkt, an dem diese Verfügung (gegebenenfalls) in Rechtskraft erwächst, besteht mit dem Strafbefehl ein gültiger Titel für den Freiheitsentzug des Einsprechers. Mit der Annahme, das[s] diese Verfügung der Staatsanwaltschaft frühestens am 20. Mai vorliegt, läuft die Beschwerdefrist, bedingt durch die Feiertage, am 2. Juni 2020 ab. Spätestens bis zu diesem Tag soll die Einspracheverhandlung durchgeführt werden.»

Die Verteidigung erhob noch am Tag des Erhalts dieser Verfügung (20. 5. 2020) Beschwerde bei der oberen Instanz. Die Beschwerdeinstanz nahm die Beschwerde jedoch erst am 25. 5. 2020 zur Kenntnis, da sie am Freitag nach Aufahrt (22. 5. 2020) «geschlossen» war. Am 27. 5. 2020 zog das Strafgericht seine Verfügung in Wiedererwägung und entliess A per sofort aus dem Strafvollzug, mit der Begründung, dass «in der damals hektischen Situation dem Unterzeichnenden nicht bewusst geworden [ist], dass einer allfälligen Beschwerde der Staatsanwaltschaft [...] keine aufschiebende Wirkung zukommt».

Die Einspracheverhandlung fand am 2. 6. 2020 statt, anlässlich derer A zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 140 Tagen verurteilt wurde (Bestätigung des Strafbefehls). Für den rechtswidrigen Freiheitsentzug wurde ihm eine Genugtuung von CHF 200.– pro Tag (insgesamt CHF 15 000.–) zugesprochen. Die gegen dieses Urteil angemeldete Berufung wurde nach Vollzug der Ausschaffung von A zurückgezogen.

III. Zustellfiktion für Strafbefehle gemäss Art. 88 Abs. 4 StPO

Damit eine Strafe vollzogen werden kann, bedarf es eines rechtskräftigen Erkenntnisses, was voraussetzt, dass dieses

nicht (oder nicht erfolgreich) angefochten wurde. Handelt es sich um einen Strafbefehl, besteht dagegen ein Einspracherecht, das innert zehn Tagen seit Kenntnis des Strafbefehls auszuüben ist. Die Problematik besteht nun darin, wie ein Strafbefehl einer beschuldigten Person zugestellt werden kann, wenn deren Aufenthaltsort unbekannt ist.³

Der Strafgerichtspräsident prüfte in casu für die Frage der gültigen Zustellung des Strafbefehls die Zustellfiktion gemäss Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO. Diese greift allerdings nur in Fällen, in denen eine Postsendung nicht abgeholt respektive die Annahme verweigert wird. Wird die Sendung hingegen direkt durch die Post retourniert, weil der Betroffene an der angegebenen Adresse gar nicht erst angetroffen werden konnte, ist nicht Art. 85, sondern Art. 88 StPO anwendbar.⁴ Dieser Artikel verfügt über einen kurzen aber entscheidenden Abs. 4: «Einstellungsverfügungen und Strafbefehle gelten auch ohne Veröffentlichung als zugestellt.» Für Einstellungsverfügungen mag der Grundgedanke dieser Bestimmung möglicherweise noch nachvollziehbar sein,⁵ doch für einen Strafbefehl, der eine unbedingte Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten enthalten kann, drängt sich unweigerlich die Frage der Völkerrechtskonformität auf (worauf noch einzugehen sein wird). Vorab bleibt zu prüfen, welches die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung sind.

1. Voraussetzungen

Damit Art. 88 Abs. 4 StPO zur Anwendung gelangen kann, muss eine der Alternativen gemäss Abs. 1 lit. a–c erfüllt sein (lit. a: Aufenthaltsort unbekannt und trotz zumutbaren Nachforschungen nicht eruierbar, lit b: Zustellung unmöglich oder unverhältnismässig aufwendig, lit c: beschuldigte Person mit Aufenthalt im Ausland bezeichnete kein Zustelldomizil in der Schweiz).⁶ Lediglich die Variante gemäss lit. a verweist darauf, dass zumutbare Nachforschungen zum Aufenthaltsort betrieben werden müssen. Das Bundesgericht hat jedoch festgehalten, dass unabhängig davon, welche Variante von Art. 88 Abs. 1 StPO anwendbar ist, die Staatsanwaltschaft sämtliche erforderlichen Schritte unternehmen muss, um den Beschuldigten ausfindig zu machen, bevor sie sich auf Abs. 4 berufen kann.⁷ Die Anforderungen

³ Siehe ausführlich zur Zustellfiktion MATTMANN/ESCHLE/RADER/THOMMEN/WALSER, Heimliche Verurteilungen – empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen, in: ZStrR 3/2021, im Erscheinen. Gemäss ihrer statistischen Erhebung werden 10.1% der Strafbefehle fiktiv zugestellt.

⁴ BGer, Urteil v. 26. 11. 2013, 6B_652/2013, E. 1.4.3.

⁵ Der besteht wohl darin, dass die Einstellung eine Rechtswohltat ist und deshalb die beschuldigte Person ja ohnehin kein Rechtsmittel dagegen ergreifen werde. Nichtsdestotrotz bleibt die Frage, wie die verfahrensabschliessende Behörde in diesen Fällen die Ansprüche nach Art. 429 StPO beurteilen will, wozu sie nach Art. 429 Abs. 2 StPO von Amtes wegen verpflichtet ist.

⁶ BGer, Urteil v. 20. 3. 2012, 6B_738/2011, E. 3.1 m. w. H.

⁷ BGer, Urteil v. 6. 9. 2016, 6B_1117/2015, E. 1.3; BGer, Urteil v. 6. 12. 2018, 6B_70/2018, E. 1.2.



an die zumutbaren Nachforschungen werden in Anbetracht der einschneidenden Rechtsfolge bewusst hoch angesetzt.⁸ Es reicht nicht aus, dass der Beschuldigte über die Einleitung des Verfahrens und seine Pflicht zur Benennung einer Zustelladresse in der Schweiz informiert wurde,⁹ noch dass er selbst vorsätzlich eine falsche Adresse angab.¹⁰ Auch eine Ersatzzustellung an die letzte bekannte Adresse genügt nicht.¹¹ Zu den zumutbaren geeigneten Nachforschungen gehören etwa Erkundigungen bei der letzten bekannten Adresse, der zuletzt zuständigen Poststelle, den Einwohnerregistern, Nachbarn, Verwandten oder beim Migrationsamt.¹² Bisher gab es, soweit ersichtlich, noch keinen Fall vor Bundesgericht, in dem die Bemühungen der Staatsanwaltschaft als hinreichend bezeichnet wurden. Weil jeweils einzelfallspezifisch entschieden wurde,¹³ lassen sich daraus keine allgemeinen Schlüsse ableiten und die obige Auflistung der Erkundigungspflichten kann nicht als abschliessend bezeichnet werden. Ob die Anwendung von Art. 88 Abs. 4 StPO nach Vornahme sämtlicher zumutbaren Nachforschungen aufgrund völkerrechtlicher Überlegungen ausgeschlossen ist, wird nachfolgend untersucht.

2. EMRK-Konformität

Die Anwendung von Art. 88 Abs. 4 StPO könnte das Recht des Beschuldigten auf Zugang zum Gericht (Art. 6 EMRK) verletzen.¹⁴ Diese Rüge hat das Bundesgericht bisher nicht beurteilt, sondern jeweils offengelassen und nur darauf hingewiesen, dass diese Bestimmung unter dem Gesichtspunkt der Garantien von Art. 29 und 29a BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK problematisch sei.¹⁵ In sämtlichen Fällen, in denen eine Unvereinbarkeit von Art. 88 Abs. 4 StPO mit Art. 6 EMRK gerügt wurde, hiess das Bundesgericht die Beschwerden aus anderen Gründen gut.¹⁶ Die deutschschweizerische Literatur behandelt die Frage der Vereinbarkeit von

Art. 88 Abs. 4 StPO mit Art. 6 EMRK nur spärlich.¹⁷ In der französischschweizerischen Literatur finden sich hingegen vermehrt diesbezügliche Ausführungen.¹⁸

Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Zugang zu einem Gericht. Dieser Zugang wird verwehrt, wenn ein Strafbefehl rechtskräftig wird, ohne dass der Beschuldigte die Möglichkeit hat, diesen zur Kenntnis zu nehmen und eine gerichtliche Prüfung zu verlangen. Bereits bei öffentlichen Bekanntmachungen ist es äusserst unwahrscheinlich, dass die (evtl. landesabwesende) beschuldigte Person vom Strafbefehl tatsächlich Kenntnis erhält,¹⁹ doch ohne eine öffentliche Bekanntmachung ist noch nicht einmal eine *theoretische* Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben. Zudem ist der Vollzug eines Strafbefehls bei unbekanntem Aufenthaltsort des Beschuldigten ohnehin nicht möglich. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb bei Auffinden des Betroffenen (bspw. nach Ausschreibung zur Aufenthaltsnachforschung zwecks Aushändigung des Strafbefehls gegen Empfangsquittung) diesem nicht nochmals die ohnehin kurze Frist von zehn Tagen zur Einreichung einer Einsprache gewährt werden sollte.²⁰ Ohne die nochmalige Einräumung einer Einsprachefrist bleibt dem Betroffenen nur die Einleitung eines Revisionsverfahrens. Bei einer unbedingten Freiheitsstrafe wäre diese jedoch in den meisten Fällen wohl schon verbüsst, bevor nur die Vorprüfung abgeschlossen wäre, und ob ein hängiges Revisionsgesuch ein wichtiger Grund für die Unterbrechung des Vollzugs gemäss Art. 92 StGB darstellt, ist zumindest ungewiss.

Zur Frage der EMRK-Konformität von Art. 88 Abs. 4 StPO kann auf die Rechtsprechung des EGMR bezüglich Abwesenheitsverfahren zurückgegriffen werden. Im Entscheid *Sejdovic v. Italy* vom 1. 3. 2006 hat der Gerichtshof festgehalten, dass ein Abwesenheitsverfahren nicht per se

⁸ BGer, Urteil v. 6. 12. 2018, 6B_70/2018, E. 1.4.5.

⁹ BGer, Urteil v. 20. 3. 2012, 6B_738/2011, E. 3.2. f.

¹⁰ BGer, Urteil v. 6. 12. 2018, 6B_70/2018, E. 1.3.3.

¹¹ BGer, Urteil v. 6. 12. 2018, 6B_70/2018, E. 1.4.5.

¹² BGer, Urteil v. 26. 11. 2013, 6B_652/2013, E. 1.4.3; BGer, Urteil v. 6. 12. 2018, 6B_70/2018, E. 1.4.5.

¹³ So heisst es beispielsweise in BGer, Urteil v. 6. 12. 2018, 6B_70/2018, E. 1.4.5: «Ob die Akten des Migrationsamts auch beizuziehen gewesen wären, wenn sich darin keine Adresse des Beschwerdeführers befunden hätte, kann damit offen bleiben.»

¹⁴ Nachfolgend wird einzig ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK näher untersucht, wobei sich insbes. auch eine Überprüfung bspw. in Bezug auf Art. 32 Abs. 3 BV (Recht auf Überprüfung eines Urteils durch ein höheres Gericht) und Art. 14 IPBPR aufdrängen würde.

¹⁵ BGer, Urteil v. 28. 5. 2020, 6B_1061/2019, E. 4.1.

¹⁶ Statt vieler BGer, Urteil v. 20. 3. 2012, 6B_738/2011, E. 3.4; BGer, Urteil v. 28. 5. 2020, 6B_1061/2019, E. 4.2. Mit dieser eleganten Lösung vermeidet das Bundesgericht, dass es den Gesetzgeber rügen oder eine Verurteilung durch den EGMR fürchten muss, nachdem es selbst diese Bestimmung bereits als problematisch bezeichnet hat (BGer, Urteil v. 6. 12. 2018, 6B_70/2018, E. 1.2; BGer, Urteil v. 28. 5. 2020, 6B_1061/2019, E. 4.1); gleich haben auch kantonale Gerichte entschieden, etwa das Kantonsgericht Neuenburg, in: RJN 2012, 313, 320.

¹⁷ Statt vieler: BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, in: DONATSCH/LIEBER/SUMMERS/WOHLERS (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 88 N 7; SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 88 N 9; ARQUINT, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 88 N 11: alle mit allg. Hinweisen betr. grundrechtlicher Bedenken; explizit als EMRK-widrig RIKLIN, BSK StPO, Art. 353 N 11.

¹⁸ PERRIER DEPEURSINGE, Code de procédure pénale suisse annoté, Bâle 2020, ad Art. 88 CPP; MACALUSO/TOFFEL, in: KUHN/JEANNERET/PERRIER DEPEURSINGE (Hrsg.), Code de procédure pénale suisse, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2019, art. 88 N 27; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Code de procédure pénale, Petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2016, art. 88 N 17.

¹⁹ Weshalb nach hier vertretener Ansicht generell für Endentscheide respektive Strafbefehle bei unbekanntem Aufenthaltsort des Adressaten, der nicht explizit auf eine Teilnahme am Strafverfahren verzichtet und die Entgegennahme nicht verweigert hat, nur eine tatsächliche Zustellung fristauslösend sein sollte.

²⁰ Die Wahrung der weiteren Fristen ist dann Sache des Beschuldigten: rechtzeitige Einsprache und Erscheinen zur Einspracheverhandlung (die Vorladung zu dieser kann notfalls publiziert werden, um eine rechtsgenügende Vorladung nachweisen zu können) bzw. Tragung der Folgen des unentschuldigtes Nichterscheins.

mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK unvereinbar sei, allerdings stelle es eine Rechtsverweigerung dar, wenn eine in Abwesenheit verurteilte Person nicht später die Möglichkeit habe, eine gerichtliche Neuurteilung zu verlangen, in welcher bezüglich Tat- und Rechtsfragen mit voller Kognition entschieden werde, was nur dann nicht gelte, wenn der Betroffene auf sein Recht, zur Gerichtsverhandlung zu erscheinen und sich zu verteidigen, verzichtet habe.²¹ Diese Situation ist mit der vorliegenden Fragestellung identisch: Der Beurteilte konnte sich vor seiner «Verurteilung» im Strafbefehl nicht vor einem Gericht äussern, sodass ihm dazu nachträglich die Möglichkeit gegeben werden muss. Ist das für das ordentliche Abwesenheitsverfahren vorgesehen (vgl. die Neuurteilung gemäss Art. 368 ff. StPO), besteht diese Möglichkeit bei Art. 88 StPO nicht; der Beschuldigte befindet sich somit in einer noch schlechteren Lage als der in Abwesenheit Beurteilte.²² Eine gesetzliche Regelung, die zulässt, dass ein Strafbefehl in Rechtskraft erwächst und vollstreckt werden kann, ohne dass die betroffene Person Kenntnis vom Inhalt des Strafbefehls und ihren Möglichkeiten erhält, eine – allenfalls auch nachträgliche – Beurteilung durch ein ordentliches Gericht zu verlangen, erweist sich nach dem Gesagten als EMRK-widrig.²³ Somit verstösst (selbst wenn sämtliche zumutbaren Nachforschungen durch die Staatsanwaltschaft vorgenommen würden) die Zustellfiktion von Art. 88 Abs. 4 StPO gegen übergeordnetes Recht, namentlich Art. 29 und 29a BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK. De lege lata behilft sich die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, damit, dass sie die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 88 Abs. 4 (also jene nach Abs. 1) regelmässig für nicht erfüllt erachtet und damit die Anwendung von Abs. 4 umgehen kann. De lege ferenda (namentlich im Rahmen der laufenden StPO-Revision) ist Abs. 4 zu streichen und durch eine verfassungs- und EMRK-konforme Regelung zu ersetzen.

IV. Rechtskraft des Strafbefehls und Einsprache

1. Die Wirkung des Strafbefehls bis zur Einsprache

Bekanntlich ist der Strafbefehl nur ein «Urteilsvorschlag», den die beschuldigte Person annehmen oder ablehnen kann. Die Ablehnung allerdings muss innert zehn Tagen seit Zustellung bzw. Kenntnisnahme des Strafbefehls nachweisbar erklärt werden. Dass diese Frist – namentlich bei fremd-

sprachigen Beschuldigten, die gar nicht wissen, was sie erhalten haben und sich das erst übersetzen²⁴ lassen und rechtskundigen Rat betr. Sinnhaftigkeit einer Einsprache einholen müssen – unangemessen kurz ist, wurde schon wiederholt moniert.²⁵

Solange gegen den zugestellten Strafbefehl die Möglichkeit der Einsprache besteht, ist dieser kein vollziehbares Urteil; somit ist es der nicht zugestellte erst recht nicht. Ein (noch) nicht rechtskräftiger Strafbefehl mag allenfalls Grundlage und Begründung für die Anordnung von Haft bieten, wenn aus ihm ein genügend dringender Tatverdacht hervorgeht und Haftgründe bestehen, weitere Wirkungen hat er aber nicht.

2. Die Wirkung der Einsprache

Erhebt die beschuldigte Person gegen den Strafbefehl Einsprache, ist dieser Urteilsvorschlag schlicht vom Tisch. Das Verfahren ist zurück im Stadium des Abschlusses der Untersuchung. Der Staatsanwaltschaft stehen alle Möglichkeiten offen (vgl. Art. 355 Abs. 1 und 3 StPO) und zwar:

- Überweisung des Strafbefehls ohne Weiteres als Anklageschrift ans Gericht;
- Einstellung des Verfahrens;
- Vornahme weiterer Ermittlungen und danach entweder Einstellung oder neuer Strafbefehl oder direkte Überweisung ans Gericht.

Weiter zu beachten ist, dass die beschuldigte Person die Einsprache nicht begründen muss (im Gegensatz zu den anderen Einspracheberechtigten). Das Gericht hat von Amtes wegen nicht nur zu prüfen, ob die Einsprache gültig erhoben wurde, sondern auch, ob der Strafbefehl überhaupt gültig ist. Ein wesentlicher Ungültigkeitsgrund wäre etwa, wenn die Voraussetzungen zum Erlass des Strafbefehls schon gar nicht gegeben sind. Dabei ist hier weniger die maximal zulässige Sanktionshöhe gemeint als der Umstand, dass Grundvoraussetzung für das Strafbefehlsverfahren ist, dass die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden hat oder dieser anderweitig ausreichend geklärt ist. An diesem sogenannten klaren Sachverhalt fehlt es oft, weil das Strafbefehlsverfahren als ein Schnellverfahren zur Erledigung des Massengeschäfts verstanden wird. Dürfen nur *klare* Fälle im Strafbefehl erledigt werden, verliert dieses Verfahren seine Entlastungswirkung für die Staatsanwaltschaft, weshalb an den «geklärten Sachverhalt» geringe Anforderungen gestellt werden, sofern sich die Gerichte überhaupt mit dieser Frage befassen.

Aus dem Umstand, dass nur ein klarer Fall im Strafbefehlsverfahren erledigt werden darf, müsste die Frage, ob

²¹ EGMR v. 1.3.2006, *Sejdovic c. Italy*, § 82.

²² Vgl. dazu schon das Kantonsgericht Neuenburg, in: RJN 2012, S. 313 ff., 318.

²³ JEANNERET/KUHN, *Précis de procédure pénale*, 2. Aufl., Bern 2018, N 17019; MOREILLON, *L'ordonnance pénale: simplification ou artifice?*, ZStrR 128/2010, 22, 32; OBERHOLZER, *Strafprozessrecht*, 4. Aufl., Bern 2020, N 1731.

²⁴ Zur Übersetzungspflicht des Strafbefehls siehe bspw. BGer, Urteil v. 6.2.2015, 6B_964/2013; BGer, Urteil v. 15.12.2017, BGer, Urteil v. 8.5.2020, 6B_667/2017; 1B_1294/2019.

²⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung vom Dezember 2017, 44 m. w. H.



die Anklage (wozu der Strafbefehl nach erhobener Einsprache bekanntlich wird) auch nachgewiesen ist, i. d. R. eigentlich keine Probleme bereiten. Der Strafbefehl muss aber auch den allgemeinen Voraussetzungen einer Anklage genügen und die Anforderungen an diese dürfen nicht nach unten angepasst werden, nur weil es sich um einen Strafbefehl handelt. Da auf die Formulierung oftmals wenig Sorgfalt angewendet wird, bestehen durchaus Chancen, diesen wegen Verletzung des Akkusationsprinzips scheitern zu lassen.

Die erhobene Einsprache kann noch während der Einspracheverhandlung zurückgezogen werden (Art. 356 Abs. 3 StPO) mit der Folge, dass der Strafbefehl rechtskräftig wird und Einsprache sowie Verhandlung dahinfallen.

V. Genugtuung bei rechtswidrigem Strafvollzug

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich ausschliesslich mit der Genugtuung und nicht auch mit der Entschädigungsfrage.²⁶

1. Rechtsgrundlage

Gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO hat der Beschuldigte Anspruch auf Genugtuung insbes. bei Freiheitsentzug, wenn er ganz oder teilweise freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird. Art. 431 Abs. 1 StPO regelt den Anspruch bei rechtswidriger (d.h. ungesetzlicher) Haft, Abs. 2 desselben Artikels bezieht sich auf ungerechtfertigte Haft. Gemeint sind in beiden Artikeln allerdings nur Verletzungen, die durch das *Strafverfahren* entstanden sind, denn die StPO regelt nur dieses, nicht aber den Strafvollzug. Ansprüche aus rechtswidrigem Strafvollzug können somit eigentlich gar nicht gestützt auf die StPO erledigt werden. Dies zeigt sich auch daran, dass Art. 431 StPO nur rechtswidrige *Zwangsmassnahmen* erwähnt. Zwangsmassnahmen sind gemäss der Legaldefinition von Art. 196 StPO Vorkehrungen zur Sicherung des Verfahrenszwecks. Strafvollzug hingegen ist Vollzug ausgesprochener Sanktionen. Dies zeigt sich auch in der Zuständigkeitsregelung: Freiheitsbeschränkende Zwangsmassnahmen werden von Gerichten (ZMG oder Sachgericht) angeordnet, der Strafvollzug hingegen von einer Verwaltungsbehörde. Dieser Logik folgend wären die Folgen des rechtswidrigen Strafvollzugs gar nicht nach den Regeln der StPO zu klären, sondern in einem Verwaltungsverfahren.

²⁶ Die gesetzlichen Begriffe Entschädigung und Genugtuung sind etwas unglücklich gewählt, da zum einen im Privatrecht die Begriffe Schadenersatz und Genugtuung verwendet werden und zum anderen eigentlich beides eine «Entschädigung» darstellt: das eine als Ersatz für materielle und das andere für immaterielle Schäden. Diese Begriffsverwirrung wird besonders deutlich, wenn jemand «mit einer Genugtuung entschädigt» werden soll.

Allerdings gibt es ein Verfahren nach StPO, in dem die Folgen eines rechtswidrigen Strafvollzugs geregelt werden, und zwar für den Fall eines erfolgreichen Revisionsverfahrens: Wird eine Revision gutgeheissen, dann ist der bis dahin erfolgte Strafvollzug ohne Rechtsgrundlage bzw. aufgrund einer nachträglich weggefallenen erfolgt und es entsteht dafür bereits aufgrund von Art. 5 Ziff. 5 EMRK ein Entschädigungsanspruch bzw. noch präziser auf den Revisionsfall gemünzt gemäss Art. 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 14 Abs. 6 IPBPR.²⁷ Dass die Folgen des rechtswidrigen Strafvollzugs im Falle einer erfolgreichen Revision gleich in der StPO geregelt werden, kann somit nur praktische Gründe haben und die bestehen zu Recht. Es wäre übermässig aufwendig, wenn der Beschuldigte in einem zweiten Verfahren seine Ansprüche aus dem Vollzug der revisionsweise aufgehobenen Strafe geltend machen müsste, anstatt dass diese gleich im Revisionsverfahren erledigt werden. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber zur Schonung des Fiskus auf dieselbe Regelung zurückgegriffen hat wie bei ungerechtfertigter Haft (Art. 431 Abs. 1 StPO): nämlich primär Anrechnung auf Sanktionen wegen anderer Straftaten und erst dann Entschädigung, wenn auch danach noch überschüssender Freiheitsentzug verbleibt (siehe Art. 436 Abs. 4 StPO).²⁸ Damit stellt sich die Frage, ob das für die vorliegende Konstellation analog angewendet werden sollte, damit diese Ansprüche in einem Aufwisch erledigt werden können.

2. Anrechenbarkeit oder Genugtuung für rechtswidrigen Strafvollzug

Das Strafgericht hat im Berichtsfall mit Urteil vom 2. 6. 2020 zur Anrechnung Folgendes festgehalten:

«In Art. 196 StPO werden Zwangsmassnahmen als Verfahrenshandlungen der Strafbehörden definiert, wozu der Vollzug von vermeintlich rechtskräftigen Strafurteilen streng genommen nicht zu zählen ist. Dieser Fall wurde vom Gesetzgeber in Bezug auf Entschädigung und Genugtuung folglich nicht vorgesehen. Im Grunde genommen hält es sich bei einem Vollzug einer Freiheitsstrafe aber zweifellos um eine Zwangsmassnahme gemäss Art. 431 Abs. 1 StPO, weshalb der Spezialfall in casu analog dieser Bestimmung zu beurteilen ist. Im Unterschied zu Art. 429 StPO lagen hier die Haftgründe aber bereits im Zeitpunkt der Haft nicht vor, weshalb die gesamte Haft rechtswidrig

²⁷ Vgl. Botschaft StPO, BBl 2006 1332 zu Art. 444.

²⁸ Zu beachten ist, dass die (ab initio) rechtswidrige Haft nie zu einer Anrechnung führt, sondern immer mit Entschädigung und Genugtuung abzugelten ist, und zwar wegen der Bestimmung in Art. 5 Ziff. 5 EMRK, die für den Fall des EMRK-widrigen Freiheitsentzuges einen unbedingten Ersatzanspruch statuiert (vgl. WEHRENBURG/FRANK, BSK StPO [Fn. 16], Art. 431 N 3). Angerechnet werden kann nur *ungerechtfertigte* (überschüssende) Haft und entschädigt wird diese nur, wenn sie nicht oder nicht gänzlich auf eine andere Sanktion angerechnet werden kann.

(und nicht ungerechtfertigt) ist und nicht angerechnet werden kann.»

Nachfolgend werden drei verschiedene Möglichkeiten aufgezeigt, wie man das Spannungsverhältnis zwischen Anrechenbarkeit und Genugtuung lösen kann.²⁹

Variante 1 (Lösung des Strafgerichts): Der Beschuldigte wird dazu verurteilt, die *unbedingte* Freiheitsstrafe in gesamter Länge (nochmals) zu verbüssen; für den erlittenen rechtswidrigen Strafvollzug wird ihm eine Genugtuung zugesprochen. Diese Lösung kann nur dann in Betracht gezogen werden, wenn man davon ausgeht, dass die Genugtuungssumme die entzogene Freiheit als Lebenszeit *tatsächlich* aufzuwiegen vermag. Andernfalls würde eine doppelte Bestrafung vorliegen und der Betroffene erhielte zur Wiedergutmachung (bildlich gesprochen) ein Pflaster für eine Schusswunde. Die Frage, wie hoch der monetäre Wert von Freiheit ist, bleibt letztlich eine ethische.³⁰ Die autoritative Anordnung dieser Variante ist aber offensichtlich stossend, wenn der Betroffene kein Geld, sondern lieber seine Freiheit will, was in der Regel wohl so sein wird.³¹ Denn wer freut sich darüber, dass er für den «verbüssten» Strafbefehl eine monetäre Genugtuung erhält, dafür aber erneut gleichlang in den Vollzug muss.³² Wenn überhaupt wäre diese Variante nur dann vertretbar, wenn die beschuldigte Person frei zwischen Anrechnung des erlittenen Freiheitsentzugs auf (andere) offene Freiheitsstrafen oder der Ausrichtung einer Genugtuung (deren Höhe ihm vorher mitzuteilen ist) wählen könnte. Aus rechtsstaatlichen Überlegungen wäre es aber unangebracht, dem Beschuldigten die Entscheidung zu überlassen: Zum einen könnte dies den Betroffenen in eine moralische Zwangslage versetzen, z.B. wenn er eine Familie hat, die auf das Geld angewiesen ist; zum anderen wäre es eine Art Sanktionsauswahl, die das Strafrecht so nicht kennt. Die Variante 1 ist deshalb abzulehnen.

Variante 2 (Vorschlag der Verteidigung an der Einspracheverhandlung): Der Beschuldigte wird zu einer *bedingten* Freiheitsstrafe verurteilt und für den erlittenen rechtswidrigen Strafvollzug erhält er eine Genugtuung. Die Genugtuung würde sich auf Art. 5 Abs. 5 EMRK stützen und eine Anrechnung würde analog zu Art. 432 Abs. 1 StPO abge-

lehnt. In casu hätte sich eine bedingte Strafe aus spezialpräventiven Gründen aufgedrängt. A wurde durch den Strafbefehl erstmals zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt. Die Sanktion wurde im selben Umfang durch das Strafgericht bestätigt. Aufgrund des bereits erlittenen rechtswidrigen Strafvollzugs ist zu vermuten, dass A hinreichend von der Begehung weiterer Straftaten abgeschreckt wurde und es ist von einer positiven Legalprognose auszugehen. Würde die bedingte Strafe zu einem späteren Zeitpunkt widerrufen, bliebe das oben beschriebene Problem des doppelten Freiheitsentzugs.³³ Im Gegensatz zur Variante 1 läge es jedoch im Herrschaftsbereich des Beschuldigten, sich anschliessend wohl zu verhalten und damit einen doppelten Freiheitsentzug zu vermeiden, weshalb diese Lösung im Vergleich zur Variante 1 zu bevorzugen wäre.

Variante 3 (hier vertretener Lösungsvorschlag): Der bereits verbüsste rechtswidrige Strafvollzug wird voll an die ausgesprochene (oder auch an eine allfällig andere) bedingte oder unbedingte Freiheitsstrafe³⁴ angerechnet. Soweit dann noch ein «nicht verrechneter» Freiheitsentzug verbleibt, muss dieser ohnehin gemäss Art. 5 Abs. 5 EMRK abgegolten werden. Diese Variante wäre eine analoge Anwendung der Bestimmungen zum Revisionsverfahren. Im Unterschied zur Revision ist nach hier vertretener Auffassung beim rechtswidrigen Strafvollzug aber *in jedem Falle* – auch bei voller Anrechnung – eine zusätzliche Genugtuung (ebenfalls gestützt auf Art. 5 Abs. 5 EMRK) mit folgender Begründung zu entrichten: Rechtswidriger Strafvollzug muss gemäss dem erwähnten internationalen Recht³⁵ stets entschädigt werden. Im Unterschied zum Revisionsverfahren hatte der Betroffene in Fällen des Strafvollzugs ohne formell gültigen Titel nie die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit der Sanktion durch ein unabhängiges Gericht überprüfen zu lassen. Eine Genugtuung soll die erlittene immaterielle Unbill aufwiegen. Bei einem rechtswidrigen Strafvollzug besteht diese nicht nur im Freiheitsentzug an sich, sondern v.a. in der extremen psychischen Belastung, weil der Betroffene nicht weiss, aufgrund welcher Taten und Rechtsgrundlagen er sich überhaupt im Strafvollzug befindet. Das Gefühl, einer Behörde/Person willkürlich ausgeliefert zu sein, die anscheinend ohne gerichtliche Überprüfung die Macht hat, einem die Freiheit zu entziehen, ist äusserst traumatisierend.³⁶ Diese – gegenüber der Situation im Revisionsverfahren – zusätzliche Unbill ist stets mittels Genugtuung abzu-

²⁹ Die Ausführungen beschränken sich auf die hier interessierende Fallkonstellation, in der der Beschuldigte zur selben Freiheitsstrafe verurteilt wird, nachdem er bereits den grössten Teil des rechtswidrigen Strafvollzugs verbüsst hat.

³⁰ Gerade weil der Wert von Freiheit nicht in Geld ausgedrückt werden kann, wird der Verlust derselben nicht nach strengen mathematischen Formeln berechnet, sondern muss anhand einer pauschalisierenden Gesamtbetrachtung festgelegt werden.

³¹ Das erneute «Absitzen» einer bereits verbüssten Strafe ruft beim Betroffenen (wie auch Äusserungen von A im vorliegenden Fall zeigten) ohnehin ein absolutes Unverständnis hervor.

³² Einem solchen Deal zustimmen würden die Betroffenen wohl nur, wenn die Genugtuung pro Vollzugstag deutlich höher wäre (wohl mindestens CHF 1000.–), was bereits zeigt, dass die heutigen Genugtuungssummen für Freiheitsentzug offensichtlich zu tief sind.

³³ D.h. erster Freiheitsentzug aufgrund des wegfallenden Strafbefehls, der mittels Genugtuung abgegolten wird, danach neu eine bedingte Strafe für dieselbe Tat, die später aber widerrufen wird.

³⁴ Die Anrechenbarkeit an andere Sanktionsarten, wie bspw. eine Geldstrafe (s.a. Fn. 2), wird hier explizit nicht thematisiert.

³⁵ Art. 5 Ziff. 5 EMRK und für den Revisionsfall Art. 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 14 Abs. 6 IPBPR.

³⁶ Deshalb wäre die Variante, den rechtswidrigen Strafvollzug wie ungerechtfertigte Haft anzurechnen und keine Genugtuung zuzusprechen, von vornherein keine untersuchungswürdige Alternative (vgl. auch die Unterscheidung in Art. 431 Abs. 1 und 2 StPO).



gelten. Aus diesen Gründen erachtet die Autorenschaft diesen 3. Lösungsvorschlag als den adäquatesten.

VI. Schlusswort

Ein Strafbefehl muss dem Beschuldigten ordentlich zugestellt werden, da die Einsprachefrist sonst überhaupt nicht zu laufen beginnt und der Strafbefehl somit nicht in Rechtskraft erwachsen kann. Art. 88 Abs. 4 StPO, der besagt, dass Strafbefehle auch ohne Veröffentlichung als zugestellt gelten, verstösst gegen Art. 6 EMRK. Das Bundesgericht hat diese Frage zwar bisher offengelassen, doch lässt es die Bestimmung de facto nicht zur Anwendung gelangen, indem es die Voraussetzungen dafür so hoch ansetzt, dass sie bislang nie erfüllt werden konnten. Im Rahmen der anstehenden StPO-Revision ist es angezeigt, Art. 88 Abs. 4 StPO durch eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Bestimmung zu ersetzen. Personen, die aufgrund eines fälschlicherweise für rechtskräftig erklärten Strafbefehls in den Strafvollzug versetzt werden, haben einen Anspruch auf Genugtuung, und zwar *unabhängig* einer allfälligen Anrechnung der verbüsst Zeit auf eine andere Strafe.

Wie im Prozess, sei hier das letzte Wort dem Beschuldigten gegeben, der sich zum Ganzen folgendermassen äusserte:

«Ich wusste nicht, weshalb ich ins Gefängnis muss. Keiner hat mir eine Antwort gegeben. Ich fing an darüber nachzudenken, was für eine Geschichte gegen mich läuft. Bis Sie kamen und mir erklärt haben, um was es eigentlich geht. Ab diesem Moment, als ich Hoffnung bekommen

habe, konnte ich Tag und Nacht über nichts anderes nachdenken, als wann ich die Nachricht bekomme, dass ich endlich gehen darf. Egal wie viel Geld man bekommt, die Tage die vergangen sind und die man im Gefängnis war, bringt einem niemand zurück.»

Stichwörter: Strafbefehl, Zustellfiktion, rechtswidriger Strafvollzug, Genugtuung

Mots-clés: ordonnance pénale, fiction de notification, exécution illicite de la peine, réparation du tort moral

■ **Zusammenfassung:** Dieser Aufsatz thematisiert die unbefriedigende Situation, dass Strafbefehle gemäss Art. 88 Abs. 4 StPO ohne tatsächliche Zustellung in Rechtskraft erwachsen können und dadurch Freiheitsentzug an Personen vollstreckt wird, die keinerlei Kenntnis des Rechtstitels haben. Anhand eines konkreten Ausgangsfalls wird aufgezeigt, welche Genugtuungsfolgen dieser rechtswidrige Strafvollzug mit sich bringt.

Résumé: Les auteurs de la présente contribution se penchent sur la situation insatisfaisante qui résulte du fait que les ordonnances pénales sont susceptibles d'entrer en force de chose jugée sans avoir été effectivement notifiées (art. 88 al. 4 CPP), avec la conséquence de l'exécution de peines privatives de liberté à l'encontre de personnes qui n'ont aucune connaissance du titre qui fonde juridiquement leur détention. En partant d'un cas concret, ils décrivent les réparations du tort moral qu'entraîne une pareille exécution illicite de la peine.