

Schweizerisches Strafgesetzbuch

vom 21. Dezember 1937

Kurzkomentar

von

Dr. iur. Stefan Trechsel

Professor an der Universität St. Gallen

unter Mitarbeit von lic. iur. Istok Egeter

2., neubearbeitete Auflage

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1997

² **Vorbehalten sind die Vorschriften dieses Gesetzes und die Bestimmungen des Bundesstrafprozessgesetzes betreffend das kantonale gerichtliche Verfahren und die Nichtigkeitbeschwerde bei Anwendung eidgenössischer Strafgesetze.**

Lit. vor Art. 365 und zum Strafprozessrecht.

Mit bundesrechtlichen Vorschriften für das kantonale Strafverfahren werden vor allem drei Zwecke verfolgt: die richtige und einheitliche Anwendung des StGB, die Vermeidung von Kompetenzkonflikten und der Schutz geschriebener und ungeschriebener verfassungsmässiger Rechte (einschliesslich FMRK).

Der richtigen Anwendung des StGB dienen vor allem Bestimmungen dieses Gesetzes. Aus dem Grenzbereich materielles/formelles Recht wurde die Regelung des Strafantrags, Art. 28 31, und der Verjährung, Art. 70-75⁹⁶, ins StGB aufgenommen. In zahlreichen Fällen schreibt das Gesetz besondere Untersuchungen vor, Art. 13, 42.1 II, 43.1 III, 44.1 II, 83, 90, 100 II, s. auch Art. 394-396 zur Begnadigung und Art. 397 zur Wiederaufnahme des Verfahrens. S. ferner BStP Art. 247-267 und die Regelung der Nichtigkeitbeschwerde, BStP Art. 268 ff. Kantonales Prozessrecht soll «der vollen Auswirkung des materiellen Bundesrechts nicht hindernd im Wege stehen», BGE 69 IV 158.

Der Vermeidung von Kompetenzkonflikten dienen Art. 340-344 für die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen, Art. 346-357 und 372 für örtliche Zuständigkeit und Rechtshilfe.

Im Dienst des Grundrechtsschutzes steht zunächst Art. 345.1 I, der die Beurteilung von Vergehen und Verbrechen durch eine richterliche Behörde vorschreibt, ferner Art. 27.3 II, der dem Schutz der Pressefreiheit dient, und Art. 179^{96a}, Schutz der Privatsphäre.

Kasuistik

- 1 BGE 69 IV 91 (Koch): Die Kantone (*in casu* TG) dürfen vorschreiben, dass Amtsverletzung im Strafverfahren, die übrigen Ehrverletzungen aber nach Zivilprozessrecht beurteilt werden, bestätigt in 84 IV 172 (Kessler c. Bolthausen), wo allerdings im Ausschluss von Blutsverwandten als Zeugen eine Verletzung des Grundsatzes der Beweisfreiheit, BStP Art. 249, erblückt wird; 69 IV 156 (Duttweiler c. Kugler und Wieser): Wird der Ehrverletzungsprozess nach Regeln der ZPO durchgeführt, so bewirken die Aufforderung zur Einreichung einer Klageantwort und die Einreichung derselben eine Unterbrechung der Verjährung; 73 IV 207 (Zih): Es ist zulässig, nur die Einreichung einer Privatstrafklage als Strafantrag wegen Ehrverletzung gelten zu lassen, nicht die Übersendung der Akten samt Antrag aus einem andern Kanton; 79 IV 36 (Guey): Das kantonale Recht (NE) kann bestimmen, dass das Verfahren eingestellt wird, wenn der Angeschuldigte während der Hängigkeit eines Rechtsmittels stirbt; 81 IV 42, 45 f. (W): Auch die Wiederaufnahme richtet sich grundsätzlich, trotz Art. 397, nach kantonalem Recht; 84 IV 11

(Bachmann): Art. 68 verlangt nicht, dass mehrere Taten eines Angeschuldigten stets in einem Verfahren zu beurteilen seien; 86 IV 223 (Golder c. Schenini): Das kantonale Recht bestimmt, ob die Frist gemäss Art. 29 durch Einreichung des Antrags bei einer örtlich nicht zuständigen Behörde gewahrt ist, s. auch Art. 29 N 12; 94 IV 145 (Valsangiacomo): Im kantonalen Prozessrecht können für die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen andere Kriterien als die vom Kassationshof zu BStP Art. 269 I erarbeiteten gelten, bestätigt in 99 IV 128 (Capozzi).

Ungeklärt ist die Frage, ob und in welchem Rahmen das Opportunitätsprinzip im kantonalen Prozessrecht zulässig sei. Ein u.ä. Urteil des BGE vom 18.6.1987 i.S. A. u. S. c. P. lehnt jede Festschreibung eines Verfahrens aus Opportunitätsgründen ab, weil die Durchsetzung von Bundesrecht nur den Schranken unterliege, die das Bundesrecht selber vorsieht (unter Hinweis auf BGE 104 IV 109, 290, 91 I 202). BGE 109 IV 49 f. scheint dagegen ein Opportunitätsprinzip im Bagatelbereich zuzulassen (m.w.Hinw. auf Lit.). Dem ist zuzustimmen; ergehend zur beschränkten Zulässigkeit des Opportunitätsprinzips in Delegationsstrafsachen (es muss der förmliche Entscheid einer Justizbehörde vorliegen) BGE 119 IV 94 ff.

366 Parlamentarische Immunität. Strafverfolgung gegen Mitglieder der obersten Behörden

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten und des Bundesgesetzes vom 26. März 1934 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft bleiben in Kraft.

- ¹ Die Kantone bleiben berechtigt, Bestimmungen zu erlassen, wonach:
 - a. die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder ihrer gesetzgebenden Behörden wegen Äusserungen in den Verhandlungen dieser Behörden aufgehoben oder beschränkt wird;
 - b. die Strafverfolgung der Mitglieder ihrer obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen Verbrechen oder Vergehen im Amte vom Vorentscheid einer nicht richterlichen Behörde abhängig gemacht und die Beurteilung in solchen Fällen einer besonderen Behörde übertragen wird.

JAKOB EUGSTER, Die Immunität bei Verletzung militärischer Geheimnisse in den eidgenössischen Räten, ZStR 61 (1946) 165; BRIGITTA M. GADIENT, Die parlamentarische Immunität im Bund, Festschrift der Bundesversammlung zur 700-Jahr-Feier der Eidgenossenschaft: Das Parlament - «Oberste Gewalt des Bundes»? Bern 1991, 281; FRIEDRICH HAFT und ERIC HILGENDORF, Die Entwicklung der parlamentarischen Redefreiheit: eine historische Skizze, Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld 1992, 575; OTTO KONSTANTIN KAUFMANN, Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der obersten Bundesbehörden, ZBl 54 (1953) 353; REGULA LANZ-BAUR, Die parlamentarische Immunität in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossen-

schaft, Diss. ZH 1963; ALFRED MUFF, Die Strafverfolgung gegen die obersten administrativen und nichterhellen Beamten der Kantone, Diss. ZH 1947; NICCOLÒ RASELLI, Die Ermächtigung zur Strafverfolgung gegen Mitglieder der obersten kantonalen Behörden, Festschrift SKG, Bern 1992, 137; SCHWARZ, Die parlamentarische Immunität der schweizerischen Bundesversammlung, Kriminalistik 1963 445; WALTER THALMANN, Vom neuen Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes, ZBI 59 (1958) 321; MARIANGELA WALLIMANN-BORNATICO, Die parlamentarische Immunität der Mitglieder des National- und Ständerates, ZBI 89 (1988) 351.

1 **Art. 366 I** enthält eine **blasse Verweisung**, welche klarstellt, dass das StGB nicht etwa als *lex posterior* dem VG und dem GarG derogiert. Mittlerweile gilt das neue VG, das spätere Änderungen des StGB nicht berührt.

2 Der **Zweck der politischen Immunität** liegt darin, den Parlamentariern eine besondere, schrankenlose Meinungsäusserungsfreiheit zuzusichern für Äusserungen im Rat, und im übrigen der nichterhellen (bzw. polizeilichen) Gewalt ungehinderten Zugriff auf Mitglieder von Legislative und Exekutive, welche das politische Leben stören könnten, zu verwehren (Gewaltentrennung). Insbesondere soll verhindert werden, dass Tätigkeiten des Bundes durch kantonale Strafverfolgungsmassnahmen gegen seine Beamten gehemmt werden.

3 Die **parlamentarische Immunität**, VG Art. 2 II, bedeutet in erster Linie Straffreiheit für alle Äusserungen in den Räten und ihren Kommissionen, THALMANN 324, z.B. bei Ehrverletzung oder Geheimnisverrat, kritisch dazu KAUFMANN 357. Es bleibt die politische Verantwortlichkeit, KAUFMANN 354 f. Diese Regel gilt für Äusserungen der Bundesräte vor dem Parlament, aber nicht im Bundesrat, THALMANN 324 f.

Andere strafbare Handlungen im Zusammenhang mit der Amstättigkeit der Parlamentarier dürfen nur verfolgt werden, wenn die eidgenössischen Räte dafür die **Ermächtigung** erteilen, VG Art. 14 I - der Entcheid darf sich nach Gründen der politischen Opportunität richten, BGE 107 IV 192.

Schliesslich dürfen Parlamentarier **während der Session** nur mit ihrer oder des Rates **Zustimmung** überhaupt strafrechtlich verfolgt werden, GarG Art. 1. Vorbehalten bleibt bei politischen Straftaten die Ermächtigung gemäss BStP Art. 105. Die Verweigerung der Verfolgungsermächtigung gegen Beamte kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden, BGE 106 Ib 173, ihre Erteilung ist unanfechtbar, THALMANN 326. Kasuistik zum Nationalrat bei WALLIMANN-BORNATICO 356 f.

4 Die **Kantone können** für ihre Parlamente **analoge Regeln vorsehen**, z.B. in der Verfassung, Extr.Fc. 1951 119. Als «Äusserung» können auch schriftliche Eingaben gelten, BGE 113 Ia 189, z.B. Interpellationen oder kleine Anfragen. Der Schutz erstreckt sich aber nicht auf Wiederholung der Aussage ausserhalb der parlamentarischen Sphäre, BGE 31 II 716, vgl. auch 53 I 56. Für den Regierungsrat gilt die Immunität nur, wenn sie ausdrücklich vorgesehen ist, vgl. Sem.jud. 1973 85. Mitgliedern von Ge-

meindeparlamenten darf keine Immunität zugesichert werden, Rep. 1986 161, THORMANN/VON OVERBECK, Art. 366 N 3.

Abs. 2 lit. b belässt den **Kantonen** das Recht, **ebenfalls** ein Ermächtigungsverfahren vorzusehen, was eine Ausnahme vom prozessualen Legitimitätsprinzip schafft. Die Ausnahme ist aber beschränkt auf die obersten Behörden, was THORMANN/VON OVERBECK Art. 366 N 5 wohl zu Unrecht als «willkürlich» bezeichnen: Der Bundesgesetzgeber wollte offenbar nicht Verfahrenshindernisse für alle kantonalen Beamten ermöglichen. Das Verfolgungsprivileg gilt nach Ausschneiden aus dem Amt weiter, PKG 1979 Nr. 37. Der Ermächtigungsentcheid kann auch einer richterlichen Behörde übertragen werden, JdT 1948 IV 29, BGE 120 IV 80 f. Wie im Bundesrecht dürfen dabei Gründe der politischen Opportunität herangezogen werden. Ob «die nach kantonalem Recht zuständige Behörde im ... Einzelfall die bundesrechtlich zulässige Regelung des Kantons nicht willkürlich ausgelegt und den Entscheid aus sachlich vertretbaren Gründen getroffen hat», kann vom Bundesgericht nicht überprüft werden, BGE 106 IV 44 f. *Mitgliedern eines Gemeinderates* darf m.E. keine Immunität zubebilligt, ihre Verfolgung wegen Übertretungen im Amt nicht vom Vorentscheid einer (nichterhellen oder nichtrichterlichen) Behörde abhängig gemacht werden; BGE 120 IV 80 f. lässt die Frage offen.

Schliesslich ist es zulässig, für die Beurteilung höchster Magistraten **Sondergerichte** vorzusehen. In Zürich kann z.B. der Kantonsrat über Regierungsräte urteilen, s. ZR 77 (1978) Nr. 111. Eine solche Regelung ist mit der EMRK vereinbar, EKMR, Crociani u.a., B 8603, 8722, 8723, 8729/79, DR 22 147.

Verschiedene Kantone haben von der Ermächtigung nach Abs. 2 lit. b **keinen Gebrauch gemacht**, so namentlich SH, Gl., UR, NW, TI, VS und VD, RASELLI 140 ff.

S. auch Bem. vor Art. 8.

367 Verfahren bei Übertretungen

Die **in diesem oder in andern Bundesgesetzen vorgesehenen Übertretungen sind, soweit sie der kantonalen Gerichtsbarkeit unterliegen, nach dem Verfahren zu behandeln, das der Kanton für Übertretungen vorschreibt**.

Art. 367 schreibt den Kantonen vor, die bundesrechtlichen Übertretungen (sofern sie nicht, wie Art. 329-331, der Bundesgerichtsbarkeit unterliegen und die Verfolgung auch nicht delegiert wurde, vgl. SJZ 43 [1947] 174) nach demselben Verfahren zu beurteilen, wie es für kantonale Übertretungen vorgesehen ist. Dabei ist vor allem an **summarische Verfahren** (Strafbefehl, Strafmandat u.ä.) gedacht, THORMANN/VON OVERBECK zu