

Cornel Borbély, Zürich

Die Kostentragung in Einstellungsverfügungen*

Insbesondere bei Verfahrenerschwerung durch die beschuldigte Person

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Allgemeines zur Kostenauflage
 - A. Gesetzliche Grundlage
 - B. Rechtsnatur
 - C. Völkerrechtliche Anforderungen
 - D. Einstellung der Strafuntersuchung
 - E. Kosten der Strafuntersuchung
- III. Konkrete Voraussetzungen der Kostenauflage
 - A. Widerrechtlichkeit
 - 1. Begriff
 - 2. Fallgruppen
 - B. Kausalzusammenhang
 - C. Verschulden
 - D. Beweis
- IV. Strafverfolgungsbehörden in der Pflicht

I. Einleitung

Im Bereich der Wirtschaftsdelikte werden im Kanton Zürich rund zwei Drittel aller Strafuntersuchungen eingestellt.¹ Dabei hat die Staatsanwaltschaft über eine Auflage der Verfahrenskosten an die beschuldigte Person und eine allfällige Entschädigungs- oder Genugtuungszahlung an dieselbe zu entscheiden, wobei *erhebliche Geldsummen* zur Diskussion stehen können. Gerade im Bereich der Straf-

* Überarbeitete und gekürzte Fassung der Diplomarbeit des Autors am Nachdiplomstudium MAS ECI 9 der Hochschule Luzern. Rechtsprechung und Literatur wurden bis August 2011 berücksichtigt. Fragestellungen zu Sonderfällen der Kostenauflage bleiben aus Platzgründen einer gesonderten Abhandlung vorbehalten.

1 Analyse aufgrund der Jahresberichte der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich 2005 bis 2009 sowie von Daten der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (Wirtschaftsdelikte).

verfolgung von *qualifizierter Wirtschaftskriminalität*² kann es zum Schutz der Wirtschaftsordnung gerechtfertigt sein, deliktisches Handeln unter Verwendung von beträchtlichen finanziellen Mitteln zu verfolgen. Eine anschliessende Auflage von Kosten wird von den Parteien häufig angefochten. Seitens der Strafverfolgungsbehörden wird die Situation dadurch erschwert, dass die rechtlichen Voraussetzungen der Kostenaufgabe von Unsicherheiten geprägt sind. Diesbezüglich hat die Einführung der Eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO)³ im Januar 2011 durch Vereinheitlichung der kantonalen Strafprozessordnungen zu mehr Rechtssicherheit geführt. Dennoch sind Fragestellungen ungeklärt geblieben. In der vorliegenden Abhandlung werden deshalb die altrechtlichen Meinungen der Rechtsprechung und Literatur zur Kostenaufgabe aufgezeigt und analysiert, inwiefern diese nach Einführung der StPO weiterhin gelten können. Schwergewichtig wird die Fragestellung untersucht, in welchen Fällen einer beschuldigten Person die Kosten eines Strafverfahrens auferlegt werden können, *falls sie dieses erschwert hat*. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse können ebenfalls für die Kostenaufgabe an eine beschuldigte Person bei rechtswidrigem und schuldhaftem *Bewirken der Einleitung einer Strafuntersuchung* verallgemeinert werden.

II. Allgemeines zur Kostenaufgabe

A. Gesetzliche Grundlage

Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt eine beschuldigte Person die Verfahrenskosten nur dann, wenn sie verurteilt wird. E contrario hat eine beschuldigte Person im Falle einer Einstellung eines Strafverfahrens die Verfahrenskosten grundsätzlich nicht zu tragen. Demgegenüber bestimmt Art. 426 Abs. 2 StPO unter anderem, dass *einer beschuldigten Person im Falle einer Einstellung des Verfahrens die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden können, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Durchführung eines Strafverfahrens erschwert hat*.⁴ Dazu

- 2 Im Kanton Zürich handelt es sich um aufwendige Strafverfahren mit zahlreichen Tätern, Delikten oder Tatorten, in welchen sich Tat- oder Rechtsfragen stellen, die spezielle Kenntnisse des Finanzmarktrechts oder der Computerkriminalität erfordern. Im Vordergrund stehen die Tatbestände des Betrugs, der Veruntreuung und der ungetreuen Geschäftsbesorgung, siehe Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (WOSTA), Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Zürich 2011, 38 f.
- 3 Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).
- 4 In Art. 426 Abs. 3 und 4 StPO werden dazu die Ausnahmen aufgezählt, so zum Beispiel für den Fall von unnötigen oder fehlerhaften Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörde, für Übersetzungskosten sowie für die Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung der Privatklägerschaft.

statuiert die StPO in Art. 417 ebenfalls, aber in allgemeiner Weise, dass bei Säumnis und anderen fehlerhaften Verfahrenshandlungen die Verfahrenskosten und Entschädigungen ungeachtet des Verfahrensausgangs derjenigen verfahrensbeteiligten Person auferlegt werden können, die sie verursacht hat. Dabei ist zu beachten, dass zur Anwendbarkeit dieser Norm gemäss Wortlaut kein Verschulden der kostenbeschwerten Partei notwendig ist.⁵ Diese Bestimmung hat als *lex generalis* im Überschneidungsbereich *vor der spezielleren Regelung von Art. 426 Abs. 2 StPO zurückzutreten*. Dennoch verdeutlicht sie die Intention des Gesetzgebers bezüglich Art. 426 Abs. 2 StPO, dass auch für eine kausal verursachte Verfahrenshinderung zu haften ist. Art. 417 StPO dürfte somit vor allem dann zu beachten sein, falls nicht alle Voraussetzungen von Art. 426 Abs. 2 StPO zutreffen. Im Weiteren regelt Art. 420 StPO, dass der Bund oder der Kanton für die von ihm getragenen Kosten Rückgriff nehmen kann, wenn eine Person ein Verfahren vorsätzlich oder fahrlässig erschwert hat. Im Bereich der Verursachung von fehlerhaften Verfahrenshandlungen muss Art. 417 StPO der allgemeineren Bestimmung von Art. 420 StPO vorgehen.⁶

B. Rechtsnatur

Das Bundesgericht qualifizierte die Kostenaufgabe im Strafprozess in konstanter Rechtsprechung⁷ als eine Haftung für prozessuales Verschulden.⁸ Es betonte diesbezüglich, dass es sich um eine *zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten* handle.⁹ Die juristische Literatur und Praxis sind sich einig, dass auf diese Haftung die *Grundsätze von Art. 41 Abs. 1 OR analog anzuwenden* sind.¹⁰ Somit muss eine beschuldigte Person widerrechtlich ein Strafverfahren erschweren, die entsprechende Handlung muss zur Erschwerung kausal sein, und zudem muss auf Seite der beschuldigten Person ein Verschulden bestehen. Diese Voraussetzungen sind jedoch den *Besonderheiten des Strafprozesses*

5 A. M. F. Riklin, StPO, Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit StBOG, JStPO und den relevanten Bestimmungen aus BV, EMRK und BGG, Zürich 2010, Art. 417 N 4.

6 Y. Griesser, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, Zürich 2010, Art. 420 N 13.

7 Vgl. bspw. grundlegend BGE 109 Ia 163.

8 Vgl. zu den Untergruppen von prozessuellem Verschulden BGE 109 Ia 164.

9 BGE 114 Ia 305; vgl. dazu auch Th. Maurer, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003, 593.

10 Vgl. P. Goldschmid/Th. Maurer/J. Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008, 423; R. Wallimann Baur, Entschädigung und Genugtuung durch den Staat an unschuldig Verfolgte im ordentlichen zürcherischen Untersuchungsverfahren, Zürich 1998, 9.

ses anzupassen, wobei sich gerade im Rahmen der Definition eines vorwerfbareren Verhaltens heikle Fragen stellen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtsnatur der Kostenaufgabe und zu den daraus resultierenden Konsequenzen hat unter der StPO zweifelsohne weiterhin Geltung; so bestehen keine zwingenden Gründe, um von dieser bewährten Regelung abzusehen. Zudem wird in Art. 426 Abs. 2 StPO der Grundsatz der bundesgerichtlich geregelten analogen Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR übernommen,¹¹ indem als Voraussetzung der Kostenaufgabe Rechtswidrigkeit, Schuldhaftigkeit und Kausalität¹² statuiert werden.

C. Völkerrechtliche Anforderungen

Die analoge Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR bei der Kostenaufgabe an eine beschuldigte Person steht ebenfalls im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 2 EMRK,¹³ wonach *durch eine Kostenaufgabe die Unschuldsvormutung nicht verletzt werden darf*.¹⁴ Als Grenze einer Kostenaufgabe wurde festgehalten, dass die Auferlegung von Kosten an eine beschuldigte Person *vom Kern her nicht einer strafrechtlichen Verurteilung gleichkommen darf*,¹⁵ dafür genügt es bereits, wenn aus den Erwägungen hervorgeht, dass die Strafverfolgungsbehörde die beschuldigte Person trotz Einstellung eines Strafverfahrens als schuldig betrachtet.¹⁶ Somit darf eine Kostenaufgabe keinen Strafcharak-

11 Siehe dazu ebenfalls Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 1085, 1326.

12 Diese Voraussetzung ergibt sich aus dem Wort «erschwert».

13 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

14 Vgl. dazu *M. E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999, 317. Vgl. dazu ebenfalls die in der Schweiz statuierte Unschuldsvormutung in Art. 32 Abs. 1 BV; *G. Müller*, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von J. F. Aubert et al., Zürich 1987–1996, Art. 4 N 131. Vgl. zum Verbot der verdeckten Verdachtsstrafe *Riklin* (Fn. 5), Art. 426 N 3.

15 Vgl. EGMR vom 25. 3. 1983, *Minelli c. Schweiz*, § 35; *R. Levi*, Schwerpunkte der strafprozessualen Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 1985, 357, 365; *A. Donatsch/C. Schwarzenegger/W. Wohlers*, Strafprozessrecht, Zürich 2010, 286.

16 *E. Tophinke*, Das Grundrecht der Unschuldsvormutung, aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern 2000, 408. Vgl. den Wortlaut im Urteil *Minelli c. Schweiz* (Fn. 15): «Une motivation donnait à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable.» Vgl. zum sog. «Freispruch mit Kosten» insb. *M. Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009, 217 mit weiteren Hinweisen, der diese Praxis als inquisitorische «poena minor» oder «poena extraordinaria» kritisiert.

ter für ethisch und moralisch verwerfliches Handeln haben.¹⁷ Es ist auf den Eindruck abzustellen, den der Entscheid beim juristischen Laien hervorruft.¹⁸ Die diesbezügliche Schranke einer Kostenaufgabe infolge einer solchen Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK ist im Hinblick auf die Bundesverfassung und das Völkerrecht zwingend zu berücksichtigen.¹⁹ In der Praxis sind die folgenden Formulierungen im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe (wohl weiterhin) rechtswidrig.²⁰

- Einstellung eines Strafverfahrens wegen eines Prozesshindernisses mit Kostenaufgabe, da «aller Voraussicht nach» bzw. «sehr wahrscheinlich» die beschuldigte Person verurteilt worden wäre;²¹
- Einstellung eines Strafverfahrens wegen Verjährung und Kostenaufgabe, da die beschuldigte Person «delinquent» und «mehrfach in krasser Weise gegen gesetzliche Bestimmungen verstossen» habe.²²

Demgegenüber ist die Praxis des EGMR offenbar weniger streng, wenn bloss eine Beschreibung der Verdachtslage erfolgt und keine Darstellung im Sinne einer Schuld festgestellt. In diesem Fall liegt kein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung vor.²³ Dabei ist gemäss EGMR jedoch nicht nur auf den im Urteil verwendeten Wortlaut abzustellen, sondern es sind die im Urteil verwendeten Formulierungen im Gesamtzusammenhang der Beschlüsse auszulegen.²⁴

17 N. Schmid, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, hrsg. von A. Donatsch/N. Schmid, Zürich 1996–2007, § 42 N 19; Griesser (Fn. 6), Art. 426 N 9, wonach in der Literatur übereinstimmend die Ansicht vertreten werde, dass die Kostenaufgabe nicht mit einer strafrechtlichen Missbilligung des Verhaltens des Beschuldigten begründet werden dürfe.

18 BGE 114 Ia 302.

19 Vgl. zur Anwendbarkeit und Auslegung der EMRK C. Borbély, Der Grundsatz der geheimen Abstimmung, unter besonderer Berücksichtigung des E-Voting, Zürich 2005, 18 f.; A. Kley, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt – Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege, Analysen und Perspektiven, Zürich 1993, 28.

20 Siehe dazu ebenfalls Villiger (Fn. 14), 317.

21 Vgl. zu einer solchen Formulierung EGMR vom 25. 8. 1987, Lutz c. Deutschland, § 63; P. Hänni, Grundrechte des Angeschuldigten im Strafprozess, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, hrsg. von D. Merten/H. J. Papier, Heidelberg 2004, 669 ff.

22 Vgl. T. Poledna, Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) aus schweizerischer Sicht, Zürich 1993, 127; Villiger (Fn. 14), 317.

23 Vgl. dazu Villiger (Fn. 14), 318; Wallimann (Fn. 10), 50 f.

24 Wallimann (Fn. 10), 51.

D. Einstellung der Strafuntersuchung

Art. 426 Abs. 2 StPO bestimmt, dass eine Kostenaufgabe im Fall einer Einstellung eines Strafverfahrens erfolgen kann. Damit wird mit dem Begriff «Einstellung» auf die Bestimmungen von Art. 319 ff. StPO und deren Konkretisierungen verwiesen.

E. Kosten der Strafuntersuchung

Der Begriff der Verfahrenskosten wird in Art. 422 StPO definiert. Danach setzen sich die Verfahrenskosten *aus den Gebühren zur Deckung des Aufwands und den Auslagen* im konkreten Straffall zusammen.²⁵ Solche Auslagen sind namentlich:²⁶

- Kosten für die amtliche Verteidigung und unentgeltliche Verbeiständung,
- Kosten für Übersetzungen,
- Kosten für Gutachten,²⁷
- Kosten für die Mitwirkung anderer Behörden,
- Post-, Telefon- und ähnliche Spesen.

Diese Aufzählung knüpft an die in der Schweiz übliche Unterscheidung zwischen den allgemeinen Kosten der Rechtsprechung und den mit einer bestimmten Strafsache verbundenen Kosten.²⁸ Grundsätzlich *übernimmt ein Staat die allgemeinen Kosten und erhebt von einer Person Gebühren*, wenn sie die Behörden beansprucht; so werden die allgemeinen Aufwendungen des Staates für die Bereitstellung des Strafprozesses abgegolten.²⁹ Diese dürfen nach den im Verwaltungsrecht geltenden Grundsätzen der Kostendeckung und der Äquivalenz nicht höher sein als die Kosten, die der Staat zur Erbringung der entsprechenden Leistung aufge-

25 Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (Fn. 2), 294; *Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens* (Fn. 15), 286.

26 Diese Aufzählung der Auslagen ist als nicht abschliessend zu betrachten, insbesondere sind weitere Auslagen zu nennen, wie bspw. für die Entschädigung von Zeugen oder Sachverständigen.

27 Vgl. zu möglichen Gutachtensarten *N. Schmid*, *Strafprozessrecht – Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*, 4. Aufl., Zürich 2004, 230.

28 Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung – Aus 29 mach 1, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1997, 162.

29 Vgl. dazu im Kanton Zürich insbesondere die Verordnung über die Gebühren, Auslagen und Entschädigungen der Strafverfolgungsbehörden (LS 323.1).

wendet hat. Zudem müssen die Gebühren mit dem objektiven Wert der Leistung vereinbar sein und sich in einem vernünftigen Rahmen halten.³⁰

Für eine Kostenaufgabe im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO von vornherein ausgeschlossen sind gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung diejenigen Kosten, welche für Übersetzungen angefallen sind, die durch die Fremdsprachigkeit der beschuldigten Person nötig wurden.³¹ Eine weitere Ausnahme findet sich in Abs. 4 dieser Bestimmung, wonach eine beschuldigte Person die Kosten für die unentgeltliche Verbeiständung der Privatklägerschaft nur trägt, wenn sie sich in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen befindet.

Betreffend die Kosten für die Mitwirkung anderer Behörden gilt, dass die *allgemeinen Aufwendungen der Polizei grundsätzlich nicht verrechenbare* Auslagen sind.³² Die *Kosten der Untersuchungs- und Sicherheitshaft* sind gemäss Wortlaut von Art. 422 StPO *nicht zu den Verfahrenskosten* zu zählen, insofern ist bei der exemplarischen Auflistung der Auslagen von einem qualifizierten Schweigen auszugehen.³³

III. Konkrete Voraussetzungen der Kostenaufgabe

A. Widerrechtlichkeit

1. Begriff

Gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO ist für die Kostenaufgabe ein *rechtswidriges Verhalten* der betroffenen Person notwendig. Dabei ist umstritten, was unter dem Begriff der Rechtswidrigkeit, oder gleichbedeutend «Widerrechtlichkeit», konkret zu verstehen ist.³⁴ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und juristische Litera-

30 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (Fn. 11), 1325.

31 Vgl. dazu auch Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK.

32 Vgl. N. Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, 813 mit weiteren Differenzierungen.

33 Vgl. Schmid, Handbuch (Fn. 32), 817; Goldschmid/Maurer/Sollberger (Fn. 10), 420. Vgl. dazu ebenfalls Informationen des Bundesamtes für Justiz über die künftige Schweizerische Strafprozessordnung und das Jugendstrafverfahren – Aus 29 nach 1, unterwegs, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 2001, 2.

Demgegenüber muss es möglich sein, dass einer beschuldigten Person gerade die übrigen im Zeitraum der Untersuchungshaft entstandenen Verfahrenskosten auferlegt werden und ihr keine Entschädigung oder Genugtuung zugesprochen wird. Dies bspw., falls eine beschuldigte Person sich durch Flucht dem Strafverfahren entzogen hat und anschliessend im In- oder Ausland verhaftet wird. Für diesen Fall wäre die beschuldigte Person wegen des Haftgrundes der Fluchtgefahr in Untersuchungshaft zu versetzen, wobei die beschuldigte Person diese Haft in widerrechtlicher Weise selbst verursacht hätte.

34 Vgl. bspw. Griesser (Fn. 6), Art. 426 N 11 ff.

tur haben sich zu diesem Begriff im Laufe der Zeit in wesentlichem Masse verändert.³⁵ Vorliegend wird nur auf diejenigen Aspekte eingegangen, welche für eine Auslegung dieses Begriffs in strafprozessualer Hinsicht wesentlich sind.

Die bisherige Bandbreite der von der Literatur präsentierten Auslegungen des Begriffs der Widerrechtlichkeit war relativ weit gefasst und bis zuletzt in wesentlichen Punkten umstritten.³⁶ Einig war man sich jedoch, dass unter dem Begriff der Widerrechtlichkeit ein *prozessuales Verschulden* zu verstehen war und sich dieser Begriff nicht mit demjenigen der Rechtswidrigkeit im Strafrecht deckte.³⁷ Dieser war wesentlich enger gefasst und immer von einem tatbestandsmässigen Verhalten abhängig.³⁸

Im Laufe der Zeit gelangte die juristische Literatur zum Schluss, dass ein nach ethischen und moralischen Grundsätzen missbilligtes Verhalten zur Begründung der Widerrechtlichkeit im vorliegenden Sinn nicht genügen konnte.³⁹ Verlangt wurde ein *Verstoss gegen geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnormen*.⁴⁰ Diese konnten lediglich *in der Schweizerischen Rechtsordnung* begründet sein; so genügte die Verletzung einer ausländischen Norm nicht, beispielsweise im Rahmen von Fiskalvorschriften.⁴¹ Zudem wurde ausgeführt, dass die analoge Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR nicht dazu führen durfte, dass jede Vertragsverletzung, jedes sittenwidrige Verhalten im Sinne von Art. 20 OR oder jeder Verstoss gegen Art. 2 ZGB als verwerfliches Verhalten in Betracht fiel.⁴² Die blosser Verletzung rein vertraglicher Pflichten war unbeachtlich.⁴³ Auch konnten nicht irgendwelche Normverletzungen genügen, sondern es war *eine qualifiziert rechtswidrige Verhaltensweise notwendig*, so beispielsweise die Verletzung besonderer gesetzlicher Pflichten; ebenso Verhaltensweisen mit aggressiver bzw. provokativer und offensichtlich straftatbestandsnaher Ausrichtung.⁴⁴ Demgegenüber wurde gerade vor einer solchen Auslegung gewarnt, da damit in einen Graubereich des bloss moralisch und ethisch verwerflichen Verhaltens eingedrungen werde.⁴⁵ Ein weiterer Ver-

35 Siehe dazu in einer umfassenden Übersicht *Wallimann* (Fn. 10), 47 ff.

36 *Wallimann* (Fn. 10), 53.

37 *Schmid* (Fn. 17), § 42 N 20.

38 *Wallimann* (Fn. 10), 47.

39 *Griesser* (Fn. 6), Art. 426 N 10. Auch das Bundesgericht verwarf eine solche Auslegung in klarer Weise, vgl. dazu BGE 116 Ia 165.

40 So bspw. Bauvorschriften, Notariatsrecht, Standesrecht.

41 *Griesser* (Fn. 6), Art. 426 N 10.

42 *Schmid* (Fn. 27), 462.

43 *Griesser* (Fn. 6), Art. 426 N 10.

44 Vgl. dazu *M. Forster*, «Kurzer Prozess» – Die Unschuldsumutung bei Kostenaufgaben an Nichtverurteilte. Rechtsstaatliche Fallstricke in der Bundesgerichtspraxis zur Vermutung der Schuldlosigkeit, in: *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, hrsg. von A. Donatsch/M. Forster/C. Schwarzenegger, Zürich 2002, 691, 700.

45 *Wallimann* (Fn. 10), 54.

such zur Definition der Widerrechtlichkeit war, dass diese bestand, wenn ein Verhalten keine andere sinnvolle Erklärung zuliesse, als dass damit rechtswidrige Zwecke verfolgt wurden.⁴⁶

Eine Einschränkung wurde darin gesehen, dass in Anlehnung an die Garantenstellung⁴⁷ beim unechten Unterlassungsdelikt zudem notwendig war, dass die beschuldigte Person durch Rechtspflichten veranlasst werden musste, vom fraglichen Verhalten abzusehen.⁴⁸ Die *missachtete Verhaltensnorm musste in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 41 Abs. 1 OR gerade den Schutz des verletzten Rechtsguts bezwecken*.⁴⁹ Die Verletzung von wirtschaftsstrafrechtlich relevanten Normen konnte nur insoweit bedeutend sein, als die Norm das Interesse der Geschädigten schützen wollte.⁵⁰ Von vornweg ausgeschlossen war die Widerrechtlichkeit, falls für das Verhalten einer beschuldigten Person ein Rechtfertigungsgrund bestand.⁵¹

Schliesslich war ein Verhalten als widerrechtlich einzustufen, wenn es eine Norm im objektiven Sinne verletzte;⁵² subjektive Elemente waren lediglich unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens zu berücksichtigen. Es war somit ausreichend, falls ein Verhalten den objektiven Tatbestand eines Delikts erfüllte.⁵³ Die Meinung war, dass diese Auslegung nicht der Rechtsprechung des EGMR zur Unschuldsvermutung widersprach, da mit der Feststellung, dass die objektiven Tatbestandselemente eines Delikts gegeben waren, noch keine Aussage über die strafrechtliche Schuld einer beschuldigten Person gemacht wurde.⁵⁴

Im Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffs Widerrechtlichkeit für den Fall der Erschwerung des Strafverfahrens wurde ausgeführt, dass dafür eine klare Verletzung prozessualer Pflichten nötig war.⁵⁵ Da das Strafgesetzbuch *die Delikte gegen die Rechtspflege in Art. 303 ff. StGB abschliessend regelte*, durften erschwerende Verhaltensweisen wie falsche Anschuldigungen, Irreführungen der Rechtspflege sowie Begünstigungen nicht mehr durch eine Kostenaufgabe abgestraft werden.⁵⁶

46 G. Jenny, *Einstellung und Freispruch mit Kosten*, BJM 1985, 1, 14.

47 Siehe dazu S. Trechsel/M. Jean-Richard-dit-Bressel, in: Schweizer Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, hrsg. von S. Trechsel et al., Zürich 2008, Art. 11 N 7.

48 Griesser (Fn. 6), Art. 426 N 10.

49 Schmid (Fn. 17), § 42 N 20.

50 Wallimann (Fn. 10), 54.

51 T. Hansjakob, *Kostenarten, Kostenträger und Kostenhöhe im Strafprozess (am Beispiel des Kantons St. Gallen)*, St. Gallen 1988, 247.

52 Schmid (Fn. 27), 463.

53 Wallimann (Fn. 10), 54.

54 ZR 85 (1986) Nr. 34 mit weiteren Hinweisen.

55 Schmid (Fn. 27), 462.

56 Hansjakob (Fn. 51), 253 f.

Das Bundesgericht klärte die unterschiedlichen Auslegungen des Begriffs Widerrechtlichkeit in einem Grundsatzentscheid.⁵⁷ Nachdem die Judikatur früher für eine Kostenaufgabe genügen liess, dass sich eine beschuldigte Person nach ethischen und moralischen Grundsätzen verwerflich oder leichtfertig verhielt,⁵⁸ hatte die bundesgerichtliche Praxis die Widerrechtlichkeit neu enger umschrieben.⁵⁹ So verlangte das Bundesgericht für die Kostenaufgabe eine *klare Verletzung einer geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltensnorm aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung*,⁶⁰ wobei eine Verhaltensnorm in Anlehnung an die juristische Literatur und bundesgerichtliche Rechtsprechung zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht als Norm qualifiziert wurde, die einen *Rechtsunterworfenen direkt oder indirekt zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet*.⁶¹ Damit hat das Bundesgericht umgekehrt statuiert, dass sittenwidriges Verhalten⁶² für eine Kostenaufgabe nicht genügt.⁶³ Den Begriff der Verhaltensnorm präziserte das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung dahin gehend weiter, dass sich diese aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung, unter anderem aus dem Privat-, Verwaltungs- oder Strafrecht, ergeben muss. Gleichgültig war, ob es sich um eidgenössisches oder kantonales, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handelte. Zu diesen Normen gehörte z. B. der wichtige Grundsatz des ungeschriebenen Rechts, dass derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, für die nötigen Schutzmassnahmen zu sorgen hat. Im Weiteren galten als Verhaltensnormen das *Verbot des Handelns wider Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)* sowie das *Verbot des rechtsmissbräuchlichen Handelns (Art. 2 Abs. 2 ZGB)*. Ein Verstoss gegen eine derartige Verhaltensnorm wurde als widerrechtlich qualifiziert.⁶⁴

Auch die neuste juristische Literatur zur StPO hat den Begriff der Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO definiert. Es wird demnach eine Auslegung verworfen, die unter den Begriff Widerrechtlichkeit eine Verletzung von bloss ethischen und moralischen Grundsätzen subsumiert.⁶⁵ Dabei wird grundsätzlich *auf die vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze verwiesen*.⁶⁶ *Einschränkend* wird davon ausgegangen, dass nicht jede Vertragsverletzung, jedes sittenwidrige Verhalten im Sinne von Art. 20 OR oder jeder *Verstoss gegen Art. 2 ZGB* als

57 BGE 109 Ia 164.

58 Griesser (Fn. 6), Art. 426 Fn. 86, mit weiteren Hinweisen zur Judikatur im Kanton Zürich.

59 Vgl. BGE 109 Ia 164.

60 BGE 116 Ia 171.

61 BGE 116 Ia 170.

62 Gemäss Art. 41 Abs. 2 OR.

63 Noch offengelassen in BGE 114 Ia 305.

64 BGE 116 Ia 169, 119 Ia 334.

65 R. Hauser/E. Schwenk/K. Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, 565.

66 Goldschmid/Maurer/Sollberger (Fn. 10), 423.

prozessuales Verschulden zu werten ist.⁶⁷ Insbesondere wird festgestellt, dass die Verletzung von vertraglichen oder schlichten zivilrechtlichen Pflichten in keiner Weise das Strafverfahren betrifft.⁶⁸

Von einem Teil der Literatur wird zum *Mass der Widerrechtlichkeit* gefordert, dass zu einer Kostenaufgabe *nur qualifiziert rechtswidrige Sachverhalte* führen können,⁶⁹ wobei der Begriff der Qualifiziertheit nicht näher definiert wird. Grösstenteils wird an der bisherigen Auslegung des Begriffs Widerrechtlichkeit der älteren juristischen Literatur festgehalten. Eine andere Meinung vertritt demgegenüber, dass kein klar rechtswidriges Verhalten bestehen muss, wie dies vom Bundesgericht in der bisherigen Rechtsprechung gefordert wurde. Es soll *jede pflichtwidrige und unvorsichtige Handlung oder Unterlassung* zur Begründung der Widerrechtlichkeit genügen.⁷⁰

Aus den *Materialien* selbst ergibt sich keine unmittelbare Lösung, wie der Begriff der Widerrechtlichkeit in der StPO auszulegen ist. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass mit der neuen Regelung *die Praxis des Bundesgerichts und des EGMR übernommen wird*.⁷¹ Damit ist im Sinne einer subjektiv-historischen Auslegung im Grundsatz klargemacht, dass sich die Auslegung an der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung orientieren soll. Zudem wird verdeutlicht, dass ebenfalls eine *völkerrechtskonforme Auslegung* angestrebt wird. Für eine Widerrechtlichkeit ist somit weiterhin eine *klare Verletzung einer geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltensnorm aus der gesamten Rechtsordnung* gefordert. Andererseits hat der Gesetzgeber damit keine qualifizierte Widerrechtlichkeit verlangt, wie dies von einem Teil der Literatur geltend gemacht wird.⁷² Durch die Übernahme des Grundsatzes, dass es sich bei der Kostenaufgabe um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung handelt, wurde bewusst auf Art. 41 Abs. 1 OR und dessen Begriff der Widerrechtlichkeit verwiesen. Insofern rechtfertigt es sich, die Gerichtspraxis dazu zu übernehmen, wonach für einen Verstoss gegen Art. 41 Abs. 1 OR *jeder Verstoss gegen eine Rechtsnorm genügt*.⁷³ Diese Rechtsprechung ist jedoch wiederum den Besonderheiten des Strafprozesses anzupassen; zu beachten ist, dass bei einer Kostenaufgabe von staatlicher Seite in die Grundrechte von Betroffenen eingegriffen wird. Um einen solchen Eingriff zu rechtfertigen, ist eine

67 Griesser (Fn. 6), Art. 426 N 10.

68 Schmid, Handbuch (Fn. 32), 820 f.

69 Griesser (Fn. 6), Art. 426 N 10, in Anlehnung an Schmid (Fn. 27), 462. In der Tendenz gleicher Meinung D. Jositsch, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, 242.

70 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 65), 565.

71 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (Fn. 11), 1326.

72 Vgl. dazu Jositsch (Fn. 69), 242.

73 Vgl. dazu T. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, 186 f., mit weiteren Hinweisen auf die Judikatur.

gewisse Intensität der Widerrechtlichkeit vorauszusetzen. Das Mass der Widerrechtlichkeit soll aber nicht in abstrakter Weise festgesetzt werden. Eine verfassungskonforme Auslegung des Begriffs der Widerrechtlichkeit verlangt die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV). In Anwendung desselben ist im Rahmen einer Interessensabwägung von der Regel auszugehen, dass die Höhe der Kostenaufgabe von der Intensität der Widerrechtlichkeit abhängt. Je intensiver eine Rechtsnorm verletzt ist, desto gravierender kann mittels Kostenaufgabe in die Grundrechte eines Betroffenen eingegriffen werden. Dabei sind ebenfalls die finanziellen Verhältnisse eines Betroffenen zu berücksichtigen, wobei bei knappen finanziellen Verhältnissen eine Kostenaufgabe die Grundrechte eines Betroffenen stärker tangieren dürfte (differenzierter Begriff der Widerrechtlichkeit).

Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb das Bundesgericht von seiner Praxis abweichen sollte, wonach die Verletzung einer geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltensnorm aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung zur Begründung der Widerrechtlichkeit genügt. Bezüglich des grundsätzlichen Anwendungsbereichs des Strafgesetzbuches und der schweizerischen Bundesbehörden auf schweizerische Sachverhalte ist *weiterhin abzulehnen, dass Verstösse gegen ausländische Rechtsnormen eine Kostenaufgabe rechtfertigen.*

Eine Widerrechtlichkeit soll nur mit einem Verstoß gegen Art. 2 ZGB begründet werden können, falls zwischen einer beschuldigten Person und dem Staat ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht.⁷⁴ Im Laufe eines Strafverfahrens kann sich diesbezüglich durchaus eine Situation ergeben, die einer von Art. 2 ZGB geforderten Nähe entspricht. Zu denken ist beispielsweise an Situationen, in denen seitens der beschuldigten Person verfahrensrelevante Zusicherungen über ihr Verhalten gemacht, diese jedoch ohne rechtfertigende Gründe nicht eingehalten werden. Zumindest muss die *Schranke rechtsmissbräuchlichen Verhaltens und das Gebot zu einem Verhalten nach Treu und Glauben im prozessualen Sinne*⁷⁵ auch von einer beschuldigten Person beachtet werden, selbst wenn sie keine eigentliche Mitwirkungspflicht⁷⁶ trifft.

Eine *blosse Verletzung von rein vertraglichen Pflichten* kann demgegenüber zur Begründung einer Widerrechtlichkeit nicht genügen. Es sind jedoch Sachverhalte vorstellbar, bei denen aufgrund der Verletzung von rein zivilrechtlichen Pflichten gleichzeitig gegen das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB verstossen wird, wodurch ein rechtswidriges Verhalten im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO

74 Wallimann (Fn. 10), 55, die dazu tendiert, ein solches Vertrauensverhältnis bei Strafuntersuchungen in grundsätzlicher Weise zu verneinen.

75 Vgl. dazu Schmid (Fn. 27), 82 f., wonach sich das Prinzip von Treu und Glauben an alle Verfahrensbeteiligten richtet. Insbesondere konkretisiert sich dieser Grundsatz im Verbot widersprüchlichen Verhaltens.

76 Vgl. dazu H. Vest, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, hrsg. von B. Ehrenzeller et al., 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 32 N 6.

begründet werden kann. Zu denken ist im Bereich der Wirtschaftskriminalität an eine beschuldigte Person, welche im Hinblick auf eine Beendigung des Strafverfahrens nach Art. 53 StGB vorgibt, entsprechende Rückzahlungen tätigen zu wollen, tatsächlich aber lediglich die Fortführung des Strafverfahrens hinauszögern will. Insofern ist gerade bei der Definition der Widerrechtlichkeit im Zusammenhang mit der Erschwerung eines Strafverfahrens auf die Auslegung der älteren Literatur zu verweisen, wonach ein Verhalten *rechtswidrig ist, welches keine andere sinnvolle Erklärung zulässt, als dass damit rechtswidrige Zwecke verfolgt werden*.⁷⁷ Hier wird aufgrund des Ermessensspielraums⁷⁸ der rechtsanwendenden Behörden die Auslegung im Sinne eines differenzierten Begriffs der Widerrechtlichkeit ermöglicht.

Weiterhin Geltung hat, dass zur Begründung der Widerrechtlichkeit eine *Normverletzung nur in objektiver Weise* erfolgen muss, der subjektive Aspekt über die Voraussetzung des Verschuldens abgehandelt wird. Ebenfalls besteht dort, wo das Strafrecht eine Widerrechtlichkeit abschliessend statuiert, *kein Platz für eine Kostenaufgabe*. Dennoch kann ein solches Verhalten zusätzlich gegen andere Normen verstossen, weshalb möglich ist, dass insofern *eine sich gegenseitig nicht ausschliessende Normkonkurrenz besteht*; so kann eine beschuldigte Person, die jemanden fälschlicherweise einer Tat beschuldigt, wegen Art. 303 StGB bestraft werden, was grundsätzlich eine zusätzliche Kostenaufgabe für ein solches Verhalten ausschliessen würde. Falls aber gleichzeitig seitens der beschuldigten Person in krasser Weise gegen entsprechende Normen verstossen wird, muss dieser Aspekt – nebst einer Bestrafung wegen falscher Anschuldigung – für eine Kostenaufgabe genügen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Kosten für ein solches Verhalten vom Staat getragen werden müssen. Eine entsprechende Auslegung wird durch die Tatsache gestützt, dass die Kostenaufgabe gerade keinen Strafcharakter hat⁷⁹ und sich somit mit dem Strafcharakter einer Norm des Strafgesetzbuches nicht absolut decken kann.

Eine Kostenaufgabe kann erfolgen, wenn eine beschuldigte Person eine Untersuchung mit ihrem Verhalten mutwillig verlängert oder zusätzliche unnötige Untersuchungshandlungen veranlasst.⁸⁰ Generell ist eine solche Auferlegung von Kosten bei Erschwerung eines Verfahrens⁸¹ heikel, da eine beschuldigte Person *kei-*

77 Schmid (Fn. 27), 462.

78 Dieses Ermessen staatlichen Handelns ist durch die verfassungs- und völkerrechtlichen Schranken des Willkürverbots (Art. 9 und 29 Abs. 1 BV) und des Fairnessprinzips (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) begrenzt.

79 Siehe Villiger (Fn. 14), 316 f.

80 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 65), 566.

81 Sog. prozessuales Verschulden im engeren Sinne; im Gegensatz zum prozessualen Verschulden im weiteren Sinne, worunter ein widerrechtliches Verhalten zu verstehen ist, welches zur Einleitung eines Strafverfahrens führt, BGE 109 Ia 164.

nesfalls für die Wahrnehmung der ihr verfassungsmässig zustehenden prozessualen Rechte gebüsst werden darf.⁸² In Anlehnung an die generelle Auslegung des Ausmasses der Widerrechtlichkeit kann es sich beim Erschweren einer Strafuntersuchung nicht um jede geringfügige Verzögerung oder jeden minimalen Mehraufwand der Behörden handeln,⁸³ wobei der *Grad der Verzögerung bzw. des Mehraufwandes wiederum relativ zur Grösse einer Kostenaufgabe sein muss*.

Die aufgrund der generellen Auslegung des Begriffs der Widerrechtlichkeit ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Einzelfall zu analysieren. Diesbezüglich bildet die Literatur grundsätzlich fünf Fallgruppen, welche unter eine Erschwerung des Strafverfahrens subsumiert werden können: *Schweigen der beschuldigten Person, Verweigern der Aufklärung, Lügen, Erschweren der Beweisabnahme sowie die Verletzung weiterer Mitwirkungspflichten*.⁸⁴

2. Fallgruppen

Die neuere Literatur zur StPO lehnt sich bei den Fallgruppen der Widerrechtlichkeit im Wesentlichen an die Ansichten der Literatur vor Einführung der StPO an.⁸⁵ Diese hat zum *Schweigen einer beschuldigten Person in einem Strafprozess* festgehalten, dass die Verweigerung einer Aussage nicht als widerrechtlich im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO qualifiziert werden kann.⁸⁶ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, welche sich im Übrigen mit einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung des Begriffs Widerrechtlichkeit deckt. So ist das Aussageverweigerungsrecht in Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II⁸⁷ sowie als Bestandteil der Unschuldsvermutung in Art. 6 Ziff. 2 EMRK statuiert.⁸⁸ Zudem wird dieses Recht aus Art. 32 Abs. 2 BV abgeleitet. Auch bestimmt die StPO in Art. 113, dass eine beschuldigte Person die Aussage verweigern darf. Dementsprechend darf sich die *blasse Verweigerung einer Aussage für eine beschuldigte Person nicht nachteilig auswirken*. Fraglich ist indessen, wie weit das Recht zur Aussageverweigerung gehen kann. Gemäss klarem Wortlaut von Art. 113 StPO und mangels diesbezüglicher Einschränkungen muss es umfassend gelten, also bei der Aussage zur Sache und einer solchen zur Person.⁸⁹ Entsprechendes ergibt sich aus einer teleologischen Aus-

82 Vgl. Schmid (Fn. 17), § 42 N 20 ff.

83 Wallimann (Fn. 10), 56.

84 Hansjakob (Fn. 51), 252.

85 Anstelle vieler Jositsch (Fn. 69), 242 ff.

86 Goldschmid/Maurer/Sollberger (Fn. 10), 423.

87 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).

88 J. P. Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern 2008, 981.

89 Allenfalls einschränkend für die blosse Angabe von Personalien.

legung, da aus Angaben zur Person unter Umständen bereits erhebliche Erkenntnisse über einen vorgeworfenen Sachverhalt gewonnen werden können; jedenfalls ist möglich, dass sich entsprechende Angaben erschwerend auf das Strafmass auswirken. Diese Auslegung deckt sich auch mit der vom Bundesgericht vor Einführung der StPO festgelegten Rechtsprechung.⁹⁰ Dort wird zu Recht darauf hingewiesen, dass derjenige nicht zum Reden verpflichtet ist, der möglicherweise entlastende Tatsachen angeben kann, da ansonsten die Verweigerung der Aussage von vornherein zu einem belastenden Indiz wird. In Übereinstimmung zur obigen Auslegung der Widerrechtlichkeit muss die *Grenze der rechtmässigen Aussageverweigerung in einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten einer beschuldigten Person liegen*.⁹¹

Eine solche Rechtsmissbräuchlichkeit kann im *Verweigern der Aufklärung* bestehen, als Spezialfall des Schweigens. Darunter ist ein Verhalten zu verstehen, wonach eine beschuldigte Person sie *entlastende Tatsachen nicht oder erst nach einiger Zeit preisgibt*.⁹² Die Literatur zu den altrechtlichen Strafprozessordnungen äusserte sich dazu im Wesentlichen dahin gehend, dass ein solches Vorgehen an sich kein widerrechtliches Verhalten darstellt, welches eine Kostenaufgabe rechtfertigt.⁹³ Einschränkend wurde aber festgehalten, dass dies nicht für rechtsmissbräuchliches Verhalten gelten darf, was beispielsweise der Fall ist, wenn keine sachlichen Gründe für das Verschweigen gegeben sind.⁹⁴ Diese Auslegung deckt sich mit der altrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach das Verschweigen eines Alibis, das zur sofortigen Freilassung führen kann, widerrechtlich ist.⁹⁵ Gleiches gilt, falls nicht bekannt gegeben wird, dass ein Dritter und nicht der Beschuldigte selbst der Täter ist,⁹⁶ oder eine beschuldigte Person nicht darauf hinweist, dass Rechtfertigungs- bzw. Schuldabschlussgründe oder eine *res iudicata* bestanden.⁹⁷ Das Rechtsmissbrauchsverbot, welches für die gesamte Schweizerische Rechtsordnung in Art. 2 Abs. 2 ZGB statuiert wird, bindet nicht nur die Behörden, sondern jegliche Parteien im Rechtsverkehr. Danach ist ein Verhalten rechtsmissbräuchlich, wenn es nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.⁹⁸ *Das Verweigern der Aufklärung hat grundsätzlich ohne Kostenfolge zu bleiben; erst recht, falls damit eine sinnvolle und wirkungsvolle Verteidigungsstrategie verfolgt*

90 BGE 109 Ia 168.

91 Vgl. Schmid, Handbuch (Fn. 32), 821 f., mit umfassenden Hinweisen auf die Rechtsprechung.

92 Wallimann (Fn. 10), 57.

93 Schmid (Fn. 17), § 42 N 21, mit weiteren Hinweisen.

94 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 65), 566 f.

95 BGE 112 Ib 454.

96 Schmid (Fn. 27), 462 f.

97 Hansjakob (Fn. 51), 258.

98 U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, 150.

wird. Jegliches Verhalten, welches eine Strafuntersuchung sofort beenden könnte, ist den Strafverfolgungsbehörden jedoch umgehend mitzuteilen, um eine Kostenaufgabe zu verhindern. Demgegenüber kann einer rechtsunkundigen beschuldigten Person nicht vorgeworfen werden, dass sie um die Existenz von Rechtfertigungsgründen oder Prozesshindernissen wissen sollte; umso mehr hat dies für eine schuldunfähige Person zu gelten.⁹⁹

In einem Strafprozess trifft eine beschuldigte Person keine Wahrheitspflicht.¹⁰⁰ Sie darf gegenüber den Untersuchungsbehörden *falsche Angaben* machen.¹⁰¹ Dies beinhaltet eine falsche Darstellung ihrer Tatbeteiligung oder auch das generelle Bestreiten der Tat.¹⁰² Andererseits kann ein Verhalten zur Kostenaufgabe führen, falls dadurch zusätzliche Untersuchungshandlungen verursacht werden.¹⁰³ Als Beispiele der gerichtlichen Praxis werden folgende Konstellationen genannt: Verursachen von Nachforschungen, da ein Dritter der Täterschaft bezichtigt wird¹⁰⁴ oder wenn die Untersuchungshaft bzw. das Strafverfahren durch dessen Angaben unnötig verlängert wird.¹⁰⁵ Aufgrund der bisherigen Überlegungen ist einer solchen Auslegung zu folgen und anzunehmen, dass diese unter der neuen Strafprozessordnung uneingeschränkt gilt.

Im Übrigen ist eine beschuldigte Person *nicht verpflichtet, an einer Beweisabnahme mitzuwirken*.¹⁰⁶ Entsprechend den oben entwickelten Grundsätzen darf eine solche jedoch nicht ohne sachlichen Grund erschwert werden.¹⁰⁷ Gleiches gilt für ein verschuldetes Versäumnis von Einvernahmen oder für die Vereitelung von Untersuchungshandlungen oder Widerstand dagegen.¹⁰⁸

99 Vor allem insoweit, als sie nicht erkennt, was die Auswirkungen ihres Handelns sind.

100 A. Zindel, Kosten- und Entschädigungsfolgen im Strafverfahren des Kantons Zürich, Zürich 1972, 32.

101 Wallimann (Fn. 10), 58.

102 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 65), 566 f.

103 Dieses Verhalten wird in der Literatur als qualifiziertes Lügen bezeichnet, *Hansjakob* (Fn. 51), 258.

104 Zindel (Fn. 100), 31, mit weiteren Hinweisen.

105 Als Beispiel dazu ist das Ablegen eines falschen Geständnisses zu nennen, welches später jedoch widerrufen wird. Ein solches Verhalten ist klar widerrechtlich, und dafür können einer beschuldigten Person die Verfahrenskosten überbunden werden, S. Trechsel, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK, SJZ 1981, 335, 339.

106 Wallimann (Fn. 10), 59.

107 Solche sachlichen Gründe können bestehen, falls von den gesetzlich vorgesehenen Rechten Gebrauch gemacht wird, so bspw. beim Stellen von Fristerstreckungsgesuchen.

108 Dazu Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 65), 566.

B. Kausalzusammenhang

Gemäss juristischer Literatur zu den altrechtlichen Strafprozessordnungen konnten die Kosten einer beschuldigten Person nur auferlegt werden, wenn deren Verhalten *adäquate Ursache*¹⁰⁹ für die *Verlängerung* bzw. *Erschwerung*, also den unnötigen Untersuchungsaufwand der Staatsanwaltschaft, war.¹¹⁰ Dies musste in einer objektivierenden Betrachtungsweise *ex tunc*, also bezogen auf den Zeitpunkt der fraglichen Untersuchungshandlungen,¹¹¹ so festgestellt werden. Dabei war für jede der einzeln verursachten Kosten die Kausalität zu prüfen.¹¹² Als Sonderfall der Kausalität wurde die *kumulative Kausalität*¹¹³ erwähnt, bei der aufgrund des Ausnahmecharakters der strafprozessualen Kostenaufgabe die Verfahrenskosten nicht auferlegt werden konnten.¹¹⁴

Die juristische Literatur zur StPO lehnt sich an die altrechtliche Auslegung des Begriffs der Kausalität an.¹¹⁵ Auch gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts¹¹⁶ muss zwischen dem vorwerfbaren Verhalten einer beschuldigten Person und den entstandenen Kosten ein Kausalzusammenhang bestehen; die Haftung einer beschuldigten Person darf nicht weiter gehen, als der Kausalzusammenhang zwischen dem ihr vorgeworfenen fehlerhaften Verhalten und den Kosten verursachenden behördlichen Handlungen reicht.¹¹⁷ Insofern deckt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit der altrechtlichen juristischen Literatur, insbesondere lehnt sich das Bundesgericht ebenfalls an eine dem Zivilrecht entsprechende Auslegung des Begriffs der Kausalität an.¹¹⁸

Gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO können einer beschuldigten Person die Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn sie die Einleitung des Verfahrens *bewirkt* oder dessen Durchführung *erschwert*. Gemäss den Materialien¹¹⁹ hat die neue Strafprozessordnung die von der Rechtsprechung gelebte Praxis in eindeutiger Weise

109 Zindel (Fn. 100), 31.

110 Siehe dazu und ebenfalls zur Unterscheidung zwischen natürlicher Kausalität und adäquater Kausalität Wallimann (Fn. 10), 67.

111 Schmid (Fn. 17), § 42 N 24.

112 BGE 109 Ia 163.

113 Es liegen in einem solchen Fall mehrere Gesamtursachen vor, wobei jede unabhängig für sich ursächlich ist und damit anfallende Kosten bewirkt, vgl. A. K. Schnyder, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, hrsg. von H. Honsell/N. Vogt/T. Geiser, Basel 2010, Art. 41 N 23.

114 Schmid (Fn. 17), § 42 N 23.

115 Vgl. bspw. Griesser (Fn. 6), Art. 426 N 15.

116 Vgl. bspw. BGE 109 Ia 160 ff.

117 BGE 116 Ia 167.

118 Vgl. H. Stöckli, in: Präjudizienbuch OR, die Rechtsprechung des Bundesgerichts, hrsg. von P. Gauch/V. Aepli/H. Stöckli, 7. Aufl., Zürich 2009, Art. 41 N 17 ff.

119 Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (Fn. 11), 1326.

übernommen, wonach das Verhalten der beschuldigten Person kausal sein muss. Dies ergibt nicht nur eine subjektiv-historische Auslegung, sondern auch eine wörtliche. Der Begriff der Kausalität muss analog zur zivilrechtlichen Rechtsprechung ausgelegt werden, da es sich bei der Kostenaufgabe um eine an das Zivilrecht angenäherte Haftung handelt und kein Grund besteht, von einer solchen Qualifikation der Kostenaufgabe abzuweichen. Diese ist jedoch wiederum – soweit sachliche Gründe es verlangen – den *Besonderheiten des Strafprozessrechts anzupassen*. Demnach ist in Anlehnung an die juristische Literatur und Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht der Begriff des Kausalzusammenhangs *in den natürlichen und den adäquaten Kausalzusammenhang aufzuspalten*.¹²⁰ Zur Begründung eines natürlichen Kausalzusammenhangs muss die von der beschuldigten Person begangene erschwerende Handlung zur Verursachung der unnötigen Kosten geführt haben, welche ohne dieses Verhalten nicht entstanden wären. Es muss sich um eine notwendige und nicht wegzudenkende Bedingung eines Schadenseintritts handeln, also um eine *conditio sine qua non*.¹²¹ Falls eine solche bejaht wird, ist *davon getrennt die Adäquanz des Verhaltens zu prüfen*. Danach hat das Verhalten der beschuldigten Person nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet zu sein, den eingetretenen Erfolg zu bewirken.¹²² So verursacht beispielsweise die Flucht einer beschuldigten Person ins Ausland, um sich der Strafverfolgung zu entziehen, die Kosten für die internationale Fahndung und die entsprechende Verhaftung. Der Entscheid über eine solche Adäquanz hat analog zur zivilrechtlichen Rechtsprechung «in Kenntnis des nunmehr eingetretenen Erfolgs und der gesamten tatbestandlichen Situation»¹²³ zu erfolgen. Insofern ist von einer Betrachtungsweise *ex post* auszugehen, da nur so das richterliche Ermessen der Staatsanwaltschaft situationsgerecht und den Umständen angemessen ausgeübt werden kann. Andererseits beinhaltet eine solche Auslegung den Ausschluss subjektiver Momente auf Seite der beschuldigten Person;¹²⁴ für die Beurteilung der Adäquanz ist die *subjektive Vorhersehbarkeit durch die beschuldigte Person nicht von Relevanz*.

Der adäquate Kausalzusammenhang kann ebenfalls *durch Unterlassung begründet werden*.¹²⁵ Dabei wird sowohl der natürliche als auch der adäquate Kausalzusammenhang im Rahmen der *hypothetischen Kausalität* beurteilt.¹²⁶ Der Kausalzusammenhang bestimmt sich danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der

120 Schnyder (Fn. 113), Art. 41 N 15.

121 Vgl. Schnyder (Fn. 113), Art. 41 N 15.

122 Vgl. Stöckli (Fn. 118), Art. 41 N 21.

123 BGE 119 Ib 345.

124 Vgl. Schnyder (Fn. 113), Art. 41 N 16, mit weiteren Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung.

125 BGE 124 III 165.

126 BGE 115 II 449 f.

unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um den hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss. Eine Unterlassung kann nur dann als rechtserhebliche Ursache einer Schädigung angesehen werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.¹²⁷ Eine solche Pflicht kann im strafprozessualen Bereich wiederum durch das Gesetz selbst oder durch ungeschriebene Normen bestimmt sein und nicht zuletzt durch den Gefahrensatz.¹²⁸ Als mögliche Konstellation kann eine beschuldigte Person genannt werden, die es in irreführender, rechtsmissbräuchlicher Weise unterlässt, die strafverfolgenden Behörden auf Fakten aufmerksam zu machen, und dadurch unnötig Ermittlungsschritte verursacht.

Die Adäquanz einer Kausalität muss analog zum Zivilrecht *unterbrochen* werden können.¹²⁹ In der juristischen Literatur zum Haftpflichtrecht werden drei Gruppen von Unterbrechungsgründen genannt: höhere Gewalt,¹³⁰ grobes Selbstverschulden und grobes Drittverschulden.¹³¹ Im Falle der strafprozessualen Kostenaufgabe sind kaum Fälle denkbar, in denen aufgrund von höherer Gewalt das erschwerende Verhalten einer beschuldigten Person unterbrochen wird. Demgegenüber kann ein Verhalten der Strafverfolgungsbehörde *derart unzweckmässig oder unnötig sein, dass dieses die eigentlich erschwerende Handlung der beschuldigten Person unterbricht*. Auch das Verhalten von dritten Personen, insbesondere von anderen Verfahrensbeteiligten, kann dazu führen. Als Beispiel sind rechtsmissbräuchliche Anträge der geschädigten Partei zu nennen, welche die Staatsanwaltschaft zu Handlungen bewegen, ohne dass diese deren Zweckmässigkeit prüft.

Für den Sonderfall der *kumulativen Kausalität von Ursachen* ist in der StPO entgegen früherer Ansichten der Literatur davon auszugehen, dass die Kosten einer beschuldigten Person auferlegt werden können.¹³² So bestimmt nun Art. 418 StPO die Möglichkeit einer Kostenaufgabe in Fällen der Konkurrenz von adäquat kausalen Ursachen.¹³³ Bei mehreren beschuldigten Personen soll jede Person für

127 BGE 124 III 165.

128 Dieser bestimmt, dass derjenige, der einen gefährlichen bzw. schädigenden Zustand schafft oder unterhält, für die nötigen Schutzmassnahmen zu sorgen hat, vgl. bspw. BGE 121 III 360.

129 Vgl. grundsätzlich zur Möglichkeit des Unterbruchs der Adäquanz BGE 110 II 425.

130 Höhere Gewalt ist ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das unabwendbar von aussen hereinbricht, höhere Gewalt ist daher ein zu grosser Intensität gesteigerter Zufall, vgl. BGE 102 Ib 262.

131 Der Begriff des groben Selbst- bzw. Drittverschuldens ist im Prinzip selbsterklärend, wobei erwähnt werden muss, dass in der Literatur ein Verhalten gefordert wird, das sehr intensiv ist und derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, dass damit nicht zu rechnen ist, BGE 124 III 186.

132 Vgl. dazu Schmid (Fn. 17), § 42 N 24.

133 Sog. Gesamtursache; eine solche besteht, falls diese für sich allein ausreicht, um einen bestimmten Schaden herbeizuführen, siehe dazu Schnyder (Fn. 113), Art. 41 N 23.

den Schaden eintreten; dieser ist entsprechend dem Ausmass des verursachten Anteils quotenmässig aufzuteilen; unverhältnismässig wäre die Forderung der gesamten Kosten von einer beschuldigten Person, die anschliessend selbst auf die mitbeschuldigte Person Rückgriff nehmen müsste. Eine solche Delegation des Kostenrisikos vom Staat an eine beschuldigte Person passt für den Strafprozess nicht. Dennoch bestimmt Art. 418 Abs. 2 StPO, dass die Strafbehörde für gemeinsam verursachte Kosten eine solidarische Haftung der kostenpflichtigen Personen anordnen kann. Diese Regelung wird durch die Literatur jedoch einschränkend ausgelegt; solidarisch können nur Kosten auferlegt werden, wenn die Kostenbeschwerten keine unterschiedliche Verfahrensstellung innehaben.¹³⁴

C. Verschulden

Als weitere Voraussetzung einer Kostenaufgabe ist nach der juristischen Literatur zu den altrechtlichen Strafprozessgesetzen ein schuldhaftes Verhalten einer beschuldigten Person notwendig.¹³⁵ Dabei wird in Anlehnung an die zivilrechtliche Definition dieses Begriffs ein menschliches Verhalten verlangt, welches als tadelnswert angesehen wird.¹³⁶ Als *objektive Seite des Verschuldens* wird vorausgesetzt, dass eine beschuldigte Person vorsätzlich oder fahrlässig handelt.¹³⁷ Auf *subjektiver Seite* ist Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB notwendig,¹³⁸ welche sich von der Zurechnungsfähigkeit im strafrechtlichen Sinne unterscheidet.¹³⁹

Mit *Vorsatz* handelt, wer weiss, dass aufgrund seines Verhaltens eine Strafuntersuchung erschwert wird oder werden kann, wobei einer beschuldigten Person nicht bewusst zu sein braucht, dass ihr Verhalten widerrechtlich ist.¹⁴⁰ *Fahrlässig* im strafprozessualen Sinn handelt, wer sich keine oder zu wenig Gedanken darüber macht, ob sein Verhalten zu einer Erschwerung eines Strafverfahrens führen kann, wo dies jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen einleuchten muss.¹⁴¹ Es ist jedoch nicht nötig, dass eine beschuldigte Person die Folge ihres Handelns tatsächlich vorausgesehen hat. Es genügt, wenn dieses an sich voraussehbar war;¹⁴² auszugehen ist von einem objekti-

134 T. Domeisen, in: Basler Kommentar Strafprozessordnung, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Basel 2011, Art. 418 N 8.

135 Im Kanton Zürich war dafür ein «verwerfliches oder leichtfertiges» Verhalten nötig (§ 43 Abs. 2 aStPO-ZH).

136 Wallimann (Fn. 10), 71.

137 Stöckli (Fn. 118), Art. 41 N 9a.

138 BGE 116 Ia 169 f.

139 Schmid (Fn. 17), § 42 N 28.

140 Guhl (Fn. 73), 82 f.

141 BGE 107 II 167.

142 BGE 99 II 180.

vierten Fahrlässigkeitsbegriff, wonach spezielle subjektive Faktoren nicht berücksichtigt werden.¹⁴³ In Anlehnung an die zivilrechtlichen Bestimmungen wurde von der kantonalen zürcherischen Literatur und Praxis demnach bei einer strafprozessualen Kostenaufgabe die *Haftung teilweise auf ein grobfahrlässiges¹⁴⁴ Verhalten beschränkt*; eine beschuldigte Person haftete nicht für leichte Fahrlässigkeit.¹⁴⁵ Dies wurde aus dem Wortlaut der kantonalen Strafprozessordnung abgeleitet, gemäss welchem die gesetzlich statuierte Anforderung der «Leichtfertigkeit»¹⁴⁶ eines Verhaltens eine gewisse Willensintensität beinhaltet.¹⁴⁷

Auch für den Begriff der *Urteilsfähigkeit* wurde auf die Rechtsprechung und Literatur des Zivilrechts verwiesen.¹⁴⁸ Dabei war in Anlehnung an Art. 16 ZGB derjenige urteilsfähig, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.¹⁴⁹ Daraus war umgekehrt der Begriff der Urteilsunfähigkeit zu definieren.¹⁵⁰ Als Sonderfall wurden urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen gemäss Art. 19 Abs. 3 ZGB schadenersatzpflichtig.¹⁵¹ In der Konsequenz konnten bei mangelnder Urteilsfähigkeit einer beschuldigten Person die Kosten grundsätzlich nicht auferlegt werden. In der juristischen Literatur und Praxis war man sich jedoch dahin gehend einig, dass in solchen Fällen § 189 Abs. 3 aStPO-ZH¹⁵² analog auf das Untersuchungsverfahren angewendet werden konnte. Diese Bestimmung statuierte, dass der Richter bei Freispruch wegen Unzurechnungsfähigkeit über den Kostenpunkt unter Würdigung der Umstände entscheiden konnte.¹⁵³ Einer beschuldigten Person konnten unter diesen Umständen die Kosten auferlegt werden, falls es an der Voraussetzung des Verschuldens fehlte, ansonsten jedoch alle übrigen Voraussetzungen erfüllt waren. Obwohl bei der analogen Anwendung von § 189 Abs. 3 aStPO-ZH der Staatsanwalt-

143 Stöckli (Fn. 118), Art. 41 N 9a.

144 Ein grobfahrlässiges Verhalten liegt vor, wenn elementarste Vorsichtspflichten missachtet werden, die sich unter den gegebenen Umständen jedem vernünftigen Menschen aufdrängen, BGE 107 II 167.

145 Leichte Fahrlässigkeit ist demnach anzunehmen, falls eine grobe Fahrlässigkeit zu verneinen ist, vgl. BGE 96 II 176.

146 § 43 Abs. 2 aStPO-ZH.

147 Schmid (Fn. 17), § 42 N 20.

148 Wallimann (Fn. 10), 72.

149 Vgl. Art. 16 ZGB.

150 Vgl. dazu Art. 18 ZGB, wonach eine urteilsunfähige Person – unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen – durch ihre Handlungen keine rechtlichen Wirkungen herbeiführen kann.

151 Vgl. Stöckli (Fn. 118), Art. 41 N 9a.

152 Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919.

153 Nach den Grundsätzen der Billigkeitshaftung, Art. 54 Abs. 1 OR, wobei eine Interessenabwägung erforderlich war: Eine Kostenaufgabe war nur bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen der beschuldigten Person und wenn damit eine Kostenübernahme durch den Staat stossend gewesen wäre, möglich, ZR 89 (1990) Nr. 128.

schaft ein weites Ermessen zugestanden hat, war diese verpflichtet, bezüglich einer solchen Kostenaufgabe angemessene Abklärungen vorzunehmen, ansonsten der Entscheid willkürlich war.

Die neuere juristische Literatur zur StPO setzt ebenfalls ein Verschulden voraus und verweist auf den zivilrechtlichen Verschuldensbegriff. Einschränkend wird ausgeführt, dass *leichte Fahrlässigkeit auch in der StPO nicht genügen kann*,¹⁵⁴ nur wer die elementarsten Vorsichtsgebote verletzt, die einem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen eingeleuchtet hätten, handelt entsprechend widerrechtlich.¹⁵⁵

Auch das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zur Kostenaufgabe ein Verschulden vorausgesetzt und sich an die zivilrechtliche Definition angelehnt, wobei sowohl das Bestehen einer objektiven als auch der subjektiven Seite vorausgesetzt wurde.¹⁵⁶ Insbesondere hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass es mit Art. 6 Ziff. 2 EMRK vereinbar war, einen wegen Zurechnungsunfähigkeit freigesprochenen Angeklagten in sinngemässer Anwendung von Art. 54 Abs. 1 OR aus Billigkeitserwägungen mit Kosten zu belasten, wenn er sie objektiv verursacht hat und das kantonale Verfahrensrecht dafür eine genügende gesetzliche Grundlage bot.¹⁵⁷ Demgegenüber bestand zur Frage, ob nur grobe Fahrlässigkeit eine Kostenaufgabe rechtfertigen konnte, keine gesicherte bundesgerichtliche Rechtsprechung. Da das Bundesgericht jedoch auf den Begriff der «Leichtfertigkeit» verwies und diesbezüglich in der Literatur lediglich grobe Fahrlässigkeit genügen konnte, ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht von einer gleichen Auslegung wie die juristische Literatur ausging.

Art. 426 Abs. 2 StPO setzt für eine Kostenaufgabe ein schuldhaftes Verhalten einer beschuldigten Person voraus. Grundsätzlich lehnt sich die StPO damit an die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts an. Welcher *Grad eines Verschuldens* dafür notwendig ist, ob leichte Fahrlässigkeit für eine Kostenaufgabe genügt, bleibt jedoch offen. In den Materialien¹⁵⁸ ist zu dieser Frage keine unmittelbare Lösung zu finden. Dennoch ist aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wiederum in Anlehnung an das Zivilrecht *von einem haftpflichtrechtlichen Verschuldensbegriff auszugehen*, der die Voraussetzungen einer Kostenaufgabe prägt. Dieser zivilrechtliche Begriff bestimmt in eindeutiger Weise, dass auch ein leichtfahrlässiges Verhalten haftungsbegründend sein kann.¹⁵⁹ Die Übernahme einer solchen, weiter gefassten Auslegung auf die Frage der strafprozessualen Kostenauf-

154 Vgl. bspw. *Griesser* (Fn. 6), Art. 426 N 14.

155 *Griesser* (Fn. 6), Art. 426 N 14, mit Verweis auf die juristische Literatur zur altrechtlichen Strafprozessordnung des Kantons Zürich.

156 BGE 116 Ia 169.

157 BGE 112 Ia 374.

158 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (Fn. 11), 1326.

159 BGE 96 II 176.

lage rechtfertigt sich, wenn dieser keine sachlichen Gründe entgegenstehen; solche könnten in einem klar entgegengesetzten gesetzlichen Wortlaut bestehen. Art. 426 Abs. 2 StPO beschränkt den Grad des Verschuldens jedoch nicht, was wiederum dafür spricht, dass neu eine leichte Fahrlässigkeit für eine Kostenaufgabe genügt. Zudem hat die Legislative in Kenntnis der altrechtlichen Auslegungen und Bestimmungen zum Verschulden die neue Bestimmung zur Kostenaufgabe erlassen und offenbar bewusst keine Beschränkung auf grobfahrlässiges Verhalten statuiert. Zu diesem Ergebnis führen somit sowohl eine wörtliche als auch eine subjektiv-historische Auslegung. *Ein Verhalten einer beschuldigten Person ist demnach genügend, falls es zwar nicht die elementarsten Vorsichtsgebote verletzt, aber dennoch das Mass an Sorgfalt ausser Acht lässt, welches die Verkehrssitte von einer mit dem Handelnden in gleichen Verhältnissen stehenden Person unter den konkreten Umständen erfordert.*¹⁶⁰

In Anlehnung an die zivilrechtlichen Haftungsregelungen für den Fall einer Urteilsunfähigkeit im Sinne von Art. 18 ZGB soll eine Kostenaufgabe weiterhin aus Billigkeitserwägungen möglich sein, falls alle übrigen Voraussetzungen einer Kostenaufgabe (Widerrechtlichkeit, Kausalität, entstandene Kosten usw.) erfüllt sind. Eine andere Auslegung wäre weiterhin als stossend zu betrachten und könnte auch aufgrund des generellen Verweises des Bundesgerichts auf die zivilrechtliche Rechtsprechung nicht gerechtfertigt werden.¹⁶¹

D. Beweis

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine Kostenaufgabe eine dem Zivilrecht angenäherte Haftung darstellt, sind die *haftpflichtrechtlichen Beweisregeln zu übernehmen*. Den Staat trifft die Beweislast, dass im Falle einer Kostenaufgabe sämtliche Voraussetzungen derselben, also Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden, erfüllt sind (sog. rechtsbegründende Tatsachen).¹⁶² Diesbezüglich hielt der EGMR in seiner Rechtsprechung fest, dass die Behörden dazu verpflichtet sind, die *Entscheide zur Kostenaufgabe richtig und sorgfältig zu begründen*.¹⁶³

Fraglich ist nun, wie weit einer beschuldigten Person zugemutet werden kann, dass sie *rechtsaufhebende* Tatsachen selbst beweist. Dies in Anlehnung an zivilprozessuale Grundsätze, wonach in Auslegung von Art. 8 ZGB rechtshindernde

160 Vgl. dazu BGE 96 II 177.

161 Siehe dazu neu auch Art. 419 StPO; diese Norm kann je nach Fallkonstellation direkt oder zumindest analog zur Begründung der Billigkeitshaftung herangezogen werden.

162 Vgl. dazu Art. 8 ZGB: «Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.»

163 Vgl. *Villiger* (Fn. 14), 316 f.; vgl. insbesondere *Domeisen* (Fn. 134), Art. 421 N 5.

und rechtsaufhebende Tatsachen von derjenigen Person zu beweisen sind, die sie behauptet.¹⁶⁴ Die Pflicht zum Beweis solcher negativer Tatsachen wird dadurch gemildert, dass der Gegner des Beweispflichtigen nach Treu und Glauben zum Beweis des Gegenteils beitragen muss, wobei dessen Misslingen oder Unterlassen als Indiz für die Richtigkeit der Behauptung des Beweispflichtigen gewertet werden darf.¹⁶⁵ Demzufolge wäre bei einer direkten Übernahme der zivilprozessualen Grundsätze zur Beweislast die mit einer Kostenaufgabe belastete Person in der Pflicht, Tatsachen zu beweisen, welche einer solchen entgegenstehen würden. Falls ihr dies misslingen würde, dann wäre eine Kostenaufgabe möglich. Eine solche Auflegung der Beweislast für rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen an eine beschuldigte Person steht im Strafprozessrecht jedoch im Spannungsfeld zum dort geltenden Untersuchungsgrundsatz,¹⁶⁶ wonach die materielle Wahrheit von den zuständigen Strafverfolgungsbehörden von Amtes wegen erforscht wird (Art. 6 StPO).¹⁶⁷ Insofern hat die strafverfolgende Behörde selbst und gründlich nach entsprechenden entlastenden Tatsachen zu suchen. Aufgrund der strafprozessualen Sonderstellung der Kostenaufgabe, welche dem Zivilrecht angenähert ist, kann jedoch nicht vorausgesetzt werden, dass eine solche Pflicht ausschliesslich der Staatsanwaltschaft obliegt; ohne fundierte Anhaltspunkte kann von dieser nicht verlangt werden, dass sie Beweise gegen eine Kostenaufgabe ermittelt. Die kostenbeschwerte Person trifft eine Mitwirkungspflicht im Sinne einer abgeschwächten zivilrechtlichen Beweislastpflicht, das heisst, sie muss die strafverfolgenden Behörden über ihr bekannte rechtsaufhebende Tatsachen aufmerksam machen, falls eine Kostenaufgabe in Aussicht gestellt wird. Zu beachten ist jedoch, dass nur von einer *moderaten Mitwirkungspflicht*¹⁶⁸ der beschuldigten Person ausgegangen werden kann, jedenfalls ist diese Pflicht durch willkürliches Verhalten¹⁶⁹ der Strafverfolgungsbehörden begrenzt.

164 So bspw. einen Rechtfertigungsgrund bzw. das Vorliegen von Adäquanz unterbrechenden Tatsachen, vgl. dazu P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, in: P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid/A. Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, 33, 68.

165 BGE 133 V 217.

166 Vgl. zum Untersuchungsgrundsatz Schmid (Fn. 27), 3.

167 Insbesondere Art. 6 Abs. 2 StPO, wonach die Strafbehörden belastende und entlastende Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen haben.

168 Dies als Ausnahme zum Grundsatz, dass eine beschuldigte Person nicht verpflichtet werden kann, an einem Strafverfahren mitzuwirken. Siehe zu den Mitwirkungspflichten einer beschuldigten Person Schmid (Fn. 27), 152.

169 In jedem Fall verpönt ist das Vorgehen einer strafverfolgenden Behörde, die in einem Vorgespräch von einer beschuldigten Person mittels Androhung einer Kostenaufgabe verfahrensrelevante Tatsachen erpresst. Solche Tatsachen wären im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO in keinem Fall verwertbar (Art. 141 Abs. 1 StPO).

IV. Strafverfolgungsbehörden in der Pflicht

Die Kostenaufgabe an eine beschuldigte Person ist seit 1. Januar 2011 in Art. 426 StPO geregelt. Damit kommen die altrechtlichen kantonalen Strafprozessordnungen nicht mehr zur Anwendung. Einzig um einer prozessbeteiligten Person Rechtssicherheit zu garantieren, dürfte die Auslegung derselben in die Rechtsprechung zur StPO einfließen. Diese neuen strafprozessualen Bestimmungen sind nun von den strafverfolgenden Behörden und Gerichten anzuwenden. Im Falle der Einstellung eines Strafverfahrens sollen dabei aufgrund der heutigen Wirtschaftslage und des erhöhten Kostendrucks auf die Behörden die Möglichkeiten der Auflage von Kosten konsequent geprüft werden; diese sind im Rahmen des staatlichen Ermessens in fairer Weise aufzuerlegen. Für sachfremde Milde dürfte in der Bevölkerung das Verständnis fehlen. Dazu ist die korrekte Anwendung dieser Bestimmungen sowie entsprechende Rechtskenntnis der Staatsanwaltschaften und der gerichtlichen Behörden erforderlich.