

gerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr festgehalten werden. Die Praxis des Obergerichts wird entsprechend geändert.

18 §§ 186 ff. StPO; § 41 i.V.m. § 43 Abs. 3 Ziff. 4 StPO

Abwesenheit im Privatstrafverfahren. Ausstand des Gerichtsschreibers.

- **Erscheint der Beklagte unentschuldigt nicht zur Instruktionsverhandlung, muss – gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen im ordentlichen Verfahren – zu einer weiteren Instruktionsverhandlung vorgeladen werden (E. 2 und 3a). Im dem Instruktionsverfahren folgenden Gerichtsverfahren findet dagegen die Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften gemäss § 205 StPO keine Anwendung, da die spezielle Regelung gemäss § 190 Abs. 3 StPO Geltung hat (E. 3b).**
- **Derselbe Gerichtsschreiber darf nicht sowohl an der Instruktions- als auch an der Gerichtsverhandlung mitwirken, da er Protokollführer im Sinne von § 41 i.V.m. § 43 Abs. 3 Ziff. 4 StPO ist (E. 3c).**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 2. Strafkammer, vom 31. März 2005 in Sachen Kanton Aargau gegen M.J.

Aus den Erwägungen

2. a) Der Beklagte hat die Busse nicht innert der ihm gestützt auf die Regelung des vereinfachten Verfahrens gemäss § 185a StPO angesetzten Frist von 30 Tagen bezahlt, weshalb das ordentliche Privatstrafverfahren zur Anwendung gelangte. Dieses gliedert sich in die Phasen der Instruktion (§ 186 ff. StPO) und des Gerichtsverfahrens (§ 190 ff. StPO).

Zweck des Instruktionsverfahrens ist es, die Gerichtsverhandlung vorzubereiten und den Prozessstoff abzuklären (Benno Weber, Das Privatstrafverfahren nach aargauischem Recht, Diss. Zürich 1987, S. 112). Der Prozessstoff ist soweit zusammenzutragen, dass die Hauptverhandlung in einem Zug durchgeführt werden kann und keine weitere Beweisverhandlung mehr nötig ist. Das Verfahren dient der Erforschung der materiellen Wahrheit. Es gilt das Offizial-

prinzip (Beat Brühlmeier, Aarg. Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Aarau 1980, Ziff. 4 f. zu § 186).

b) Der Gerichtspräsident I des Bezirksgerichts X. hat als Instruktionsrichter die Untersuchung eingeleitet. So hat er dem Beklagten die Klage mit der Möglichkeit, die beantragte Busse innert 30 Tagen zu bezahlen, zugestellt (vgl. oben) und mit Verfügung vom 5. August 2004 zur Instruktions- und gleichzeitigen Hauptverhandlung vorgeladen. Schliesslich ordnete er eine Beweiserhebung (Einnahme eines Parkwächters) an (act. 3).

Obwohl in der Verfügung vom 5. August 2004 von einer Vorladung zur Instruktions- und gleichzeitigen Hauptverhandlung die Rede war, kann die entsprechende Vorladung einzig als Vorladung zur Instruktionsverhandlung im Sinne von §§ 186 ff. StPO verstanden werden. Eine gleichzeitige Durchführung der Instruktionsverhandlung und des eigentlichen Gerichtsverfahrens sieht das Gesetz nicht vor. Eine solche ist bereits schon deshalb nicht möglich, weil das mit der Instruktion befasste Gerichtsmitglied beim materiellen Entscheid nicht mitwirken darf (vgl. dazu § 41 lit. c StPO sowie BGE 115 Ia 217 ff.). Diese Ansicht dürfte auch von der Vorinstanz vertreten worden sein, denn der materielle Entscheid vom 4. Oktober 2004 wurde nicht mehr vom Gerichtspräsidenten I, der die Untersuchung geführt hatte, sondern vom Gerichtspräsidenten II gefällt. Weiter wurde im begründeten Urteil unter anderem festgehalten, dass der Beklagte nicht an der *Instruktionsverhandlung* vom 8. September 2004 teilgenommen habe (vorinstanzliches Urteil, S. 4).

Der Beklagte war zur Instruktionsverhandlung vom 8. September 2004 unentschuldigt nicht erschienen. Dies wird unterdessen auch von ihm selber anerkannt (vgl. dazu Berufung, S. 3 unten). Er stellt sich allerdings auf den Standpunkt, dass er (gestützt auf § 190 Abs. 3 StPO) ein zweites Mal hätte vorgeladen werden müssen. Keinesfalls hätte bereits bei einem erstmaligen (unentschuldigten) Nichterscheinen in Abwesenheit geurteilt werden dürfen. Die Vorinstanz hält in ihrem Entscheid vom 4. Oktober 2004 fest, dass der Beklagte unentschuldigt an der Instruktionsverhandlung vom 8. September 2004 nicht teilgenommen habe und sich gestützt auf § 170 Abs. 1 lit. a StPO, welcher gestützt auf eine Lücke im Gesetz

direkt und anstelle von § 190 Abs. 3 StPO anwendbar sei, eine zweite Vorladung nicht gerechtfertigt habe. Eine Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Beklagten sei gestützt auf seine Säumnis an der Instruktionsverhandlung gerechtfertigt gewesen (vorinstanzliches Urteil, S. 4).

3. Das vorinstanzliche Urteil leidet an verschiedenen Mängeln:

a) Wie bereits oben dargelegt, war der Beklagte unentschuldigt nicht zur Instruktionsverhandlung erschienen. Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung über die Folgen unentschuldigtem Fernbleibens von der Einvernahme anlässlich der *Instruktionsverhandlung* im Privatstrafverfahren. In § 190 Abs. 3 StPO wird zwar das Kontumazialverfahren geregelt, aber aufgrund seiner systematischen Stellung bezieht sich dieses nur auf das *Gerichtsverfahren*. Zurückzugreifen ist gestützt auf den Verweis in § 205 StPO auf die Allgemeinen Bestimmungen im ordentlichen Verfahren. § 51 Abs. 1 StPO (i.V.m. § 205 StPO) sieht die polizeiliche Vorführung vor, wenn der Vorgeladene auch einer zweiten Vorladung keine Folge leistet und ihm diese Massnahme angedroht worden ist. Im Weiteren kann dem Beklagten gestützt auf § 46 StPO (i.V.m. § 205 StPO) eine Ordnungsbusse auferlegt werden (vgl. dazu Brühlmeier, a.a.O., Ziff. 1 zu § 186 Abs. 2).

Kommt der Beklagte auch einer zweiten Vorladung nicht nach, so kann demnach nicht einfach auf seine Einvernahme verzichtet werden, wie dies im privatstrafrechtlichen Gerichtsverfahren gestützt auf § 190 Abs. 3 StPO vorgesehen ist. Das Gericht kann sich in der Hauptverhandlung bei seinem Kontumazentscheid nämlich auf die vorhandenen Instruktionsakten abstützen, weshalb die Gefahr eines unrichtigen Urteils nicht so gross ist. Würde aber bereits auf die Einvernahme im Instruktionsverfahren verzichtet, so müsste das Gericht ohne Stellungnahme des Beschuldigten entscheiden. § 188 StPO bestimmt für die Instruktion, dass die Parteien einzuvernehmen sind. Bei Säumnis des Beklagten hat ihn der Instruktionsrichter deshalb, wie oben dargelegt, polizeilich vorführen zu lassen (vgl. zum Ganzen auch: Benno Weber, a.a.O., S. 115 f.).

Indem die Vorinstanz ohne erneute Vorladung des Beklagten zu einer weiteren Instruktionsverhandlung (allenfalls unter Androhung

einer polizeilichen Vorführung) eine Hauptverhandlung (notabene wieder ohne Beklagten) durchgeführt und diesen verurteilt hat, hat sie demnach gesetzeswidrig gehandelt.

b) Die vorinstanzliche Annahme, dass § 190 Abs. 3 StPO im privatrechtlichen *Gerichtsverfahren* nicht anwendbar sei, sondern vielmehr – ausgehend von einer Lücke – § 170 lit. a StPO, ist ebenfalls nicht richtig. So wird von der Vorinstanz einerseits § 205 StPO falsch zitiert, indem festgehalten wird, dass gestützt auf diese Bestimmung auf das Strafverfahren *auch* die allgemeinen Vorschriften des ersten und zweiten Abschnittes Anwendung fänden (vorinstanzliches Urteil, S. 3 ganz unten). § 205 StPO sieht aber vor, dass auf die besonderen Verfahren die Vorschriften des ersten und zweiten Abschnittes des zweiten Teiles nur dann entsprechende Anwendung finden, soweit die §§ 181 bis 204 *nicht etwas anderes* bestimmen.

§ 190 Abs. 3 StPO enthält eine spezielle Regelung hinsichtlich des Verfahrens gegen Abwesende. Dass der Gesetzgeber, als er § 170 lit. a StPO mit Datum vom 2. Juli 2002 geändert hat, gleichzeitig auch eine Änderung des Verfahrens gegen Abwesende im Privatstrafverfahren beabsichtigte, wird durch nichts, insbesondere auch nicht durch die entsprechenden Gesetzesmaterialien (vgl. dazu Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 21. März 2001 und vom 6. März 2002), belegt. Es mag zwar sein, dass dem Beklagten dadurch im Privatstrafverfahren ein besseres Recht als dem Angeklagten im ordentlichen Strafverfahren zukommt. Hinsichtlich § 190 Abs. 3 StPO aber von einer Lücke und somit von einer Regelung zu sprechen, die im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen des Gesetzes unvollständig und deshalb von der rechtsanwendenden Behörde zu füllen sei (vgl. zur Definition der Lücke Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 243), wäre verfehlt. Festzuhalten ist demnach, dass hinsichtlich des dem Instruktionsverfahren folgenden Gerichtsverfahrens im Privatstrafverfahren die spezielle Abwesenheitsregelung gemäss § 190 Abs. 3 StPO Geltung beanspruchen muss.

c) Das vorinstanzliche Urteil leidet schliesslich an einem dritten Mangel. Zwar hat der mit der Instruktion befasste Richter (Gerichtspräsident I) beim materiellen Entscheid nicht mitgewirkt, sondern

der materielle Entscheid wurde vom Gerichtspräsidenten II erlassen. Sowohl bei der Instruktion wie auch bei der materiellen Entscheidung wirkte aber die gleiche Gerichtsschreiberin mit.

§ 41 StPO nennt als Personen, die in den Ausstand zu treten haben, Untersuchungsrichter, Staatsanwälte, Richter oder Protokollführer. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung zwar nicht ganz klar, ob das Gesetz unter dem Begriff "Protokollführer" auch die Gerichtsschreiber versteht. Da in der Bestimmung über das Ausstandsverfahren in § 43 Abs. 3 Ziff. 4 StPO der Gerichtsschreiber jedoch explizit genannt wird, ist davon auszugehen, dass für ihn die gleichen Regeln wie für die Richter gelten (vgl. auch OGE vom 3. Oktober 2003, S. 12, [ST.2003.00026]). Folglich muss das oben Ausgeführte (vgl. Ziff. 2b) hinsichtlich des Verbots der Personalunion zwischen Untersuchungsrichter und erkennendem Strafrichter auch für Gerichtsschreiber gelten. Damit war der Einsatz der Gerichtsschreiberin A., welche sowohl im Instruktionsverfahren als auch im Strafverfahren mitwirkte, gesetzeswidrig.

19 § 134 StPO; Ablehnung von Beweisanträgen.

- **Die Ablehnung eines Beweisantrags durch den Untersuchungsrichter kann mit Beschwerde angefochten werden, wenn eine Rechtsverweigerung vorliegt.**
- **Ein Fall von Rechtsverweigerung ist dann gegeben, wenn die Ablehnung des Beweisantrags gegen das Konfrontationsrecht des Angeklagten verstösst.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, Beschwerdekammer in Strafsachen, vom 13. Dezember 2005 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

Aus den Erwägungen

1. Nach § 134 StPO entscheidet der Untersuchungsrichter endgültig über die Anträge der Parteien, was bedeutet, dass gegen seine Verfügung keine Beschwerde gegeben ist. Dies gilt allerdings nicht bei Rechtsverweigerung, beispielsweise, wenn die Ablehnung der