

Vernehmlassung

zum Bundesgesetz über die

Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

von:

Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli
MLaw Nadine Hagenstein
RA Stefan Maeder, MLaw

Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie
Universität Freiburg
Beauregard 11
1700 Freiburg / Schweiz
Mail: lehrstuhl-niggli@unifr.ch

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 8. September 2010 wurde die oben erwähnte Vorlage in die Vernehmlassung geschickt. Gerne nehmen wir die Möglichkeit wahr, im Folgenden dazu Stellung zu nehmen, wobei sich unsere Anmerkungen aufgrund des Umfangs auf die Änderungen im StGB beschränken. Das Gesagte gilt allerdings analog für das MStG und das Nebenstrafrecht.¹

Inhaltsverzeichnis

I. Keine „Harmonisierung“ sondern Totalrevision des BT StGB	4
II. Zum Revisionsvorhaben im Allgemeinen	6
1. Kriminalpolitische Gründe, oder: Was unter Strafrecht verstanden wird.....	6
2. Lust auf mehr Strafe.....	8
A. Medien, Politik und Einstellungen der Bevölkerung.....	9
B. Strafzwecke, insbesondere Abschreckung.....	10
3. Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Strafschärfung.....	12
4. Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Streichungen von Strafbestimmungen.....	13
5. Kriminologische Erkenntnisse.....	13
A. Keine Zunahme der Kriminalität im Kernstrafrecht.....	13
B. Abnehmende Rückfälle.....	14
C. Schlussfolgerungen.....	15
6. Rechtsgüter und „Richtiger“ Rechtsgüterschutz?.....	15
7. Anpassungen von Mindeststrafen – Nicht systematisch, sondern punktuell.....	17
8. Rechtsvergleichung.....	19
9. Hinwendung zu einem Erfolgsstrafrecht.....	19
10. Unzufriedenheit und Misstrauen gegenüber den Gerichten.....	21
A. Straffrahmen.....	21
B. Gerichtliches Ermessen.....	22
11. Aufhebung von Strafnormen.....	23
12. Revision des Sanktionensystems.....	27
III. Zu den einzelnen Bestimmungen	28
1. Ad Art. 116 StGB Kindstötung.....	28
2. Ad Art. 117 StGB Fahrlässige Tötung.....	30
3. Ad Art. 122 Schwere Körperverletzung.....	31
4. Ad Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 Einfache Körperverletzung.....	33
5. Ad Art. 125 Abs. 2 Fahrlässige schwere Körperverletzung.....	33
6. Ad Art. 128 ^{bis} Falscher Alarm.....	35
7. Ad Art. 129 Gefährdung des Lebens.....	35
8. Ad Art. 133 Abs. 1 Raufhandel.....	35
9. Ad Art. 135 Gewaltdarstellungen.....	36
10. Ad Art. 139 Ziff. 2 und 3 Diebstahl.....	37
11. Ad Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 Ziff. 2-4 Raub.....	38
12. Ad Art. 143 ^{bis} Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem.....	39
13. Ad Art. 144 Abs. 3 Sachbeschädigung.....	40
14. Ad Art. 144 ^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 2 Datenbeschädigung.....	40
15. Ad Art. 146 Abs. 2 Betrug.....	41
16. Ad Art. 147 Abs. 2 Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage.....	41
17. Ad Art. 148 Abs. 2 Check- und Kreditkartenmissbrauch.....	41
18. Ad Art. 150 ^{bis} Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote.....	41
19. Ad Art. 153 Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden.....	42
20. Ad Art. 155 Ziff. 2 Warenfälschung.....	43
21. Ad Art. 156 Ziff. 2 Erpressung.....	43

¹ Artikel, auf die nachfolgend Bezug genommen wird, sind jeweils Normen des StGB, sofern nicht anderweitig angegeben. Allgemeine verwendete Literatur: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch (StGB), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007 wird jeweils wie folgt zitiert: BSK StGB²-BEARBEITER. STEFAN TRECHSEL ET AL., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008 wird jeweils wie folgt zitiert: TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar.

22. Ad Art. 157 Ziff. 2 Wucher.....	43
23. Ad Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 Ungetreue Geschäftsbesorgung	43
24. Ad Art. 160 Ziff. 2 Hehlerei	44
25. Ad Art. 168 Bestechung bei Zwangsvollstreckung	44
26. Ad Art. 171 Abs. 2 Gerichtlicher Nachlassvertrag	44
27. Ad Art. 171 ^{bis} Widerruf des Konkurses.....	45
28. Ad Art. 172 ^{bis} Verbindung von Freiheitsstrafe mit Geldstrafe	46
29. Ad Art. 173 Ziff. 5 Üble Nachrede.....	46
30. Ad Art. 174 Ziff. 2 und 3 Verleumdung.....	46
31. Ad Art. 177 Beschimpfung.....	46
32. Ad Art. 178 Verjährung.....	47
33. Ad Art. 179 Verletzung des Schriftgeheimnisses	48
34. Ad Art. 179 ^{ter} Abs. 2 Unbefugte Aufnahmen von Gesprächen	48
35. Ad Art. 179 ^{quinquies} Abs. 2 Nicht strafbare Aufnahmen.....	48
36. Ad Art. 179 ^{septies} Missbrauch einer Fernmeldeanlage.....	49
37. Ad Art. 179 ^{octies} Abs. 1 Amtliche Überwachung, Strafflosigkeit	49
38. Ad Art. 184 Erschwerende Umstände.....	49
39. Ad Art. 186 Hausfriedensbruch	50
40. Ad Art. 187 Ziff. 1 und 4 Sexuelle Handlungen mit Kindern.....	50
41. Ad Art. 188 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen	51
42. Ad Art. 189 Abs. 1 Sexuelle Nötigung	52
43. Ad Art. 191 Schändung	52
44. Ad Art. 192 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten.....	52
45. Ad Art. 193 Ausnützung der Notlage.....	52
46. Ad Art. 195 Förderung der Prostitution	53
47. Ad Art. 197 Ziff. 3, 3 ^{bis} , 4, 4 ^{bis} und 5 Pornografie	53
48. Ad Art. 200 Gemeinsame Begehung	55
49. Ad Art. 213 Inzest.....	55
50. Ad Art. 219 Abs. 2 Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht.....	56
51. Ad Art. 221 Abs. 3 Brandstiftung.....	57
52. Ad Art. 222 Fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst.....	57
53. Ad Art. 223 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachung einer Explosion.....	57
54. Ad Art. 224 Abs. 2 Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht	57
55. Ad Art. 225 Gefährdung ohne verbrecherische Absicht	58
56. Ad Art. 226 Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen.....	58
57. Ad Art. 226 ^{bis} Abs. 1 Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen.....	58
58. Ad Art. 227 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes.....	59
59. Ad Art. 228 Ziff. 1 Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen	59
60. Ad Art. 229 Abs. 1 Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde.....	59
61. Ad Art. 230 Ziff. 1 Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen.....	60
62. Ad Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 Verbreiten menschlicher Krankheiten	60
63. Ad Art. 232 Ziff. 1 Verbreiten von Tierseuchen.....	60
64. Ad Art. 233 Ziff. 1 Verbreiten von Schädlingen	61
65. Ad Art. 234 Abs. 1 Verunreinigung von Trinkwasser	61
66. Ad Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter.....	61
67. Ad Art. 236 Abs. 1 und 2 Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Futter.....	62
68. Ad Art. 237 Ziff. 1 Störung des öffentlichen Verkehrs	62
69. Ad Art. 238 Störung des Eisenbahnverkehrs.....	63
70. Ad Art. 239 Ziff. 2 Störung von Betrieben im Dienste der Allgemeinheit.....	63
71. Ad Art. 240 Geldfälschung und Geldverfälschung	63
72. Ad Art. 241 Geldverfälschung.....	64
73. Ad Art. 242 Inumlaufsetzen falschen Geldes.....	64
74. Ad Art. 243 Abs. 2 Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht.....	65
75. Ad Art. 244 Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes.....	65
76. Ad Art. 245 Fälschung amtlicher Wertzeichen	66
77. Ad Art. 246 Fälschung amtlicher Zeichen	66
78. Ad Art. 247 Abs. 2 Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten.....	66
79. Ad Art. 250 Geld, amtliche Wertzeichen und amtliche Zeichen des Auslandes.....	67
80. Ad Art. 251 Ziff. 2 Urkundenfälschung	67

81. Ad Art. 259 Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit	67
82. Ad Art. 260 ^{ter} Ziff. 2 Kriminelle Organisation.....	67
83. Ad Art. 260 ^{quater} Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen	68
84. Ad Art. 263 Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit.....	68
85. Ad Art. 266 ^{bis} Abs. 2 Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen.....	69
86. Ad Art. 268 Verrückung staatlicher Grenzzeichen	69
87. Ad Art. 270 Tätliche Angriffe auf schweizerische Hoheitszeichen	70
88. Ad Art. 275 ^{bis} Staatsgefährliche Propaganda	70
89. Ad Art. 275 ^{ter} Rechtswidrige Vereinigung.....	70
90. Art. 276 Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpfllichten	70
91. Ad Art. 277 Fälschung von Aufgeböten oder Weisungen	71
92. Ad Art. 278 Störung des Militärdienstes	71
93. Ad Art. 282 Ziff. 2 Wahlfälschung.....	72
94. Ad Art. 283 Verletzung des Abstimmungs- und Wahlheimnisses.....	72
95. Ad Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte	73
96. Ad Art. 286 Hinderung einer Amtshandlung.....	73
97. Ad Art. 292 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen.....	73
98. Ad Art. 293 Abs. 3 Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen.....	74
99. Ad Art. 294 Verstoss gegen ein Berufsverbot	74
100. Ad Art. 296 Beleidigung eines fremden Staates	74
101. Ad Art. 297 Beleidigung zwischenstaatlicher und supranationaler Organisationen	75
102. Ad Art. 298 Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen	75
103. Ad Art. 303 Falsche Anschuldigung	75
104. Ad Art. 304 Ziff. 2 Irreführung der Rechtspflege.....	76
105. Ad Art. 305 Abs. 1 ^{ter} und 2 Begünstigung	76
106. Ad Art. 305 ^{bis} Ziff. 2 Abs. 1 Geldwäscherei.....	76
107. Ad Art. 306 Abs. 2 und 3 Falsche Beweisaussage der Partei.....	76
108. Ad Art. 307 Abs. 2 Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung.....	77
109. Ad Art. 308 Strafmilderung	77
110. Ad Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 Befreiung von Gefangenen	77
111. Ad Art. 311 Ziff. 1 Meuterei von Gefangenen	77
112. Ad Art. 317 Ziff. 2 Urkundenfälschung im Amt	77
113. Ad Art. 318 Falsches ärztliches Zeugnis.....	78
114. Ad Art. 319 Entweichenlassen von Gefangenen	78
115. Ad Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Amtsheimnisses	79
116. Ad Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Berufsheimnisses.....	79
117. Ad Art. 321 ^{ter} Abs. 1, 2 und 4 Verletzung des Post- und Fernmeldeheimnisses	79
118. Ad Art. 322 ^{bis} Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung.....	80
119. Ad Art. 325 ^{bis} Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen	81
120. Ad Art. 326 ^{bis} Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelfirmen 2. Im Falle von Artikel 325 ^{bis}	81
121. Ad Art. 328 Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht.....	82
122. Ad Art. 329 Verletzung militärischer Geheimnisse	82
123. Ad Art. 330 Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material.....	82
124. Ad Art. 331 Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform.....	82
125. Ad Art. 332 Nichtanzeigen eines Fundes	83
126. Ad Art. 342 Abs. 1 Gerichtsstand bei strafbaren Handlungen im Ausland.....	83
IV. Fazit	83

I. Keine „Harmonisierung“ sondern Totalrevision des BT StGB

Vorweg erscheint der Name des vorgelegten Bundesgesetzentwurfs als klar irreführend – die vorgesehenen Änderungen des Besonderen Teils (BT) des StGB gehen weit über eine blosser „Harmonisierung“ (in Einklang bringen²) von Strafrahmen hinaus. So sollen zahlreiche Strafrahmen – insbesondere nach oben – erweitert und Mindeststrafen erhöht werden, obschon das weniger mit Harmonisierung, als vielmehr mit Strafverschärfung zu tun hat. Auch die Abschaffung gewisser Strafnormen

² Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 22. Aufl., Mannheim 2001.

oder Mindeststrafen erzielt keine Harmonisierung, sondern wird mit fehlendem Strafbedürfnis (entweder wegen geänderter Moralvorstellungen oder mangels Urteilen) begründet. Die angestrebte Einschränkung des richterlichen Ermessens (z.B. Umwandlung von „kann“- zu „ist“-Bestimmungen) hat ebenfalls nichts Harmonisierendes, sondern zeugt vielmehr von einem Misstrauen den Gerichten gegenüber. Richterliches Ermessen wird in dieser Vorlage gar als Rechtsunsicherheitsfaktor betrachtet.

Es kann also keineswegs von einer Harmonisierung der Strafraumen gesprochen werden, sondern richtigerweise nur von einer Totalrevision des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Nebenstrafrechts. Da es sich hierbei um einen einschneidenden Eingriff in das schweizerische Strafrecht handelt, muss dieses Vorhaben genauer ausgeleuchtet werden.

Dazu quantitative Angaben:

- **Aufgehoben** werden sollen **20 Bestimmungen**, also rund 10% aller bestehenden Bestimmungen des Besonderen Teiles.
- **Teilweise aufgehoben** werden **16 Bestimmungen** (also weitere 15% aller Bestimmungen des BT).
- Bei **18 Tatbeständen** soll die **Geldstrafe als Sanktion gestrichen** werden.
- Bei **17 Tatbeständen** soll die **Obergrenze der Freiheitsstrafe erhöht** werden.
- Bei **13 Tatbeständen** soll die **Obergrenze der Freiheitsstrafe gesenkt** werden.
- Umgekehrt soll bei **17 Tatbeständen** eine **Mindeststrafe eingeführt oder eine bestehende Mindeststrafe erhöht** werden.
- Bei **6 Tatbeständen** soll die **bestehende Untergrenze** der Freiheitsstrafe **gesenkt** werden.
- Eine **Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe** soll bei **5 Strafbestimmungen** auf 90 Tagessätze, bei weiteren **5 Strafbestimmungen** abgeschafft werden.
- Eine **Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsentzug** soll für **12 Delikte eingeführt** werden.
- Das alles führt natürlich zu Veränderungen des Deliktstypus. So sollen **9 Tatbestände von Übertretungen zu Vergehen** werden, **17 Tatbestände sollen vom Vergehen zum Verbrechen** hochgestuft werden. Weiter sollen **2 Tatbestände vom Verbrechen zum Vergehen** werden. Schliesslich soll die Beschimpfung (Art. 177 Abs. 1 StGB) **vom Vergehen zur Übertretung** werden.
- Bei **13 Tatbeständen** soll das richterliche Ermessen eingeschränkt werden, indem **statt einer „kann“-Formulierung, eine „muss“-Formel** gewählt wird.
- Bei **13 weiteren Tatbeständen** werden **eigentliche Neuerungen** vorgeschlagen, so etwa die Einführung qualifizierter Strafbarkeit für die schwere fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) oder die Einführung der Strafbarkeit des Konsums von Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 2 StGB) und harter Pornographie (Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB).

Angesichts dieser Veränderungen, die etwa jede dritte Strafbestimmung des Besonderen Teiles betrifft, kann wirklich nicht von blosser Harmonisierung gesprochen werden.

Eine Vernehmlassung unter derart irreführendem Titel ist u.E. abzulehnen, weil ihr die demokratische Legitimation abgeht. Ein Grossteil der betroffenen Bürger und Bürgerinnen kann aufgrund dieses Titels gar nie auf die Idee kommen, dass es sich

um eine Totalrevision handelt. Dass mit „Harmonisierung“ eine Gesetzesvorlage präsentiert wird, bei der in Wirklichkeit die grösste je in der Schweiz durchgeführte Streichung von Strafbestimmungen des StGB vorgeschlagen wird (immerhin wie erwähnt rund 10% des Besonderen Teiles) erscheint jenseits des vernünftigerweise zu Erwartenden.

II. Zum Revisionsvorhaben im Allgemeinen

1. *Kriminalpolitische Gründe, oder: Was unter Strafrecht verstanden wird*

Der erläuternde Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht³ (nachfolgend „Bericht“) spricht oftmals von kriminalpolitischen Gründen, welche der Vorlage zu Grunde liegen. Dazu heisst es:

„In der Öffentlichkeit und in der Politik werden insbesondere die Strafraumen bei den Delikten gegen Leib und Leben, den Sexualdelikten, der (Jugend-)Gewalt und den in Gruppen begangenen Delikten hinterfragt. Entsprechend wird diesen Themen vorliegend besondere Beachtung geschenkt. Auch das zunehmende Verunsicherungsgefühl im öffentlichen Raum, welches bei weiten Teilen der Bevölkerung spürbar ist, soll hier berücksichtigt werden.“⁴

„Wenn die angedrohten Strafen (...) dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts in der Gesellschaft nicht entsprechen und schliesslich auch in keiner Relation mehr zu den tatsächlich verhängten Strafen stehen, verliert das Strafrecht insgesamt an Glaubwürdigkeit und somit auch an präventiver Wirkungskraft. Mit dieser Vorlage sollen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die notwendigen Korrekturen vorgenommen und damit ein Beitrag zur Stärkung des Strafrechts beziehungsweise zur Prävention von Kriminalität geleistet werden.“⁵

Auf die Grundannahmen des Revisionsvorhabens lässt sich entsprechend schliessen. Sie lauten:

- *Öffentlichkeit und Politik würden die Strafraumen hinterfragen.⁶*

Das ist euphemistisch: Tatsächlich werden ausschliesslich und vehement härtere Strafen gefordert – man kann durchaus von einer Lust nach mehr Strafe sprechen.

- *Das Strafrecht sei dabei, an Glaubwürdigkeit und daher auch an Präventionskraft zu verlieren.*

Das ist unzutreffend: Für diese Annahme gibt es nicht den geringsten empirischen Beleg. Träfe sie zu, müsste die Kriminalität ja zunehmen, was aber – wie im Folgenden gezeigt wird – schlicht nicht der Fall ist.

- *Strafen sollen eine von der Strafhöhe und -art abhängige präventive Wirkung haben, weshalb die Präventivwirkung durch eine Revision der Strafraumen gesteuert werden könne.*

Das ist unzutreffend: Es ist geradezu eine kriminologische Binsenweisheit, dass die Kriminalität von der Art und der Schwere der Sanktion weitestgehend unab-

³ www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf, nachfolgend „Bericht“.

⁴ Bericht, S. 8.

⁵ Bericht, S. 2 f.

⁶ Dazu wird im Bericht, S. 5, auch auf entsprechende parlamentarische Vorstösse verwiesen.

hängig ist. D.h. eine Verschärfung der Strafmasse kann die behaupteterweise angestrebte Prävention von Kriminalität gar nie bewirken.

- *In der Bevölkerung herrsche ein Gefühl von Unsicherheit. Diese Situation könne durch ein härteres Strafrecht verbessert werden.*

Das ist in mehrfacher Hinsicht unzutreffend:

1. Dass ein „Unsicherheitsgefühl“ der Bevölkerung bestehe, ist eine einfache Behauptung, die sich auf keinerlei empirischen Beleg stützt, sondern höchstens auf die mediale Berichterstattung.

2. Selbst wenn ein solches „Unsicherheitsgefühl“ bestünde, so kann es sich nicht von der tatsächlichen Entwicklung der Kriminalität herleiten, weil keine statistisch messbare Zunahme der Kriminalität zu verzeichnen ist. Eventuell bestehende Ängste der Bevölkerung können mithin nicht von einer Kriminalitätszunahme stammen, sondern müssen ihre Ursprünge in der medialen Berichterstattung und der politischen Instrumentalisierung des Themas haben.

3. Selbst aber wenn auch dies bestritten würde, erscheint zumindest höchst fragwürdig, ob eine Verschärfung das Sicherheitsgefühl überhaupt zu verbessern vermöchte.

- *Der Wert von Rechtsgütern könne gemessen und „richtigen“ Strafandrohungen gegenübergestellt werden.*

Das ist in mehrerer Hinsicht unzutreffend: Einen „richtigen Rechtsgüterschutz“ im Sinne von dem objektiven Wert des Rechtsguts entsprechend, gibt es nicht, da sich der Wert eines Rechtsguts weder absolut noch relativ bestimmen lässt.

Zudem kann eine Strafnorm ein wie immer geartetes Rechtsgut nicht schützen, weil Strafrecht grundsätzlich retrospektiv agiert und überhaupt erst bei einer entsprechenden Verletzung zum Zuge kommt (Art. 1 StGB). Ein Rechtsgüterschutz, wie er hier konzeptuell verwendet wird, stellt kein Strafrecht, sondern Polizeirecht dar (als auf Gefahrenabwehr gerichtetes Verwaltungsrecht).

- *Die Gerichte würden ihre Arbeit ungenügend erledigen, da die Urteile in keiner Relation mehr zu den Strafrahmen und dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts stünden.*

Das ist unzutreffend: Anhand einer Urteilsstatistik ist es schlechterdings nicht möglich zu bestimmen, ob die Urteile der Gerichte dem Verschulden angemessen sind oder nicht, da Gerichte immer Einzelfälle beurteilen. Die entsprechenden Behauptungen zur Gerichtspraxis sind folglich eben bloss Behauptungen.

- *Die tatsächlich durch die Gerichte verhängten Strafen stünden „keiner Relation zu den angedrohten Strafen“*

Das ist unzutreffend: Die hohen oberen Strafrahmen haben in der Schweiz Tradition. Sie bedeuten keineswegs, dass Strafen am unteren Rand unzulässig, unkorrekt oder unangemessen wären. Aus der Tatsache, dass ein Strafmass von beispielsweise „Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren“ (Art. 139 StGB: Diebstahl) angedroht wird, folgt natürlich in keiner Weise, dass die sog. Einsatzstrafe in der Mitte also bei rund 2,5 Jahren liegen sollte.

2. *Lust auf mehr Strafe*

Richtig ist, dass derzeit von Politik und Medien intensiv über das Strafrecht diskutiert wird. Allerdings kann dabei kaum von Interesse am Strafrecht an sich gesprochen werden; die Diskussion dreht sich zum allergrössten Teil um die vehemente Forderung nach mehr Strafe, sei es durch längere Freiheitsstrafen bzw. härtere Strafandrohungen, Abschaffung der Geldstrafe oder Erschwerung des bedingten Strafvollzugs. Man kann direkt von einer Lust auf mehr Strafe sprechen. Ein Blick in die Geschäftsdatenbank des Parlaments bestätigt die *politische* Virulenz,⁷ wie schon nur folgende exemplarische Auswahl des aktuellen Jahres 2010 zeigt.

Es gab bspw. **Interpellationen** betreffend Erhöhung der Strafandrohungen bei Sexualdelikten⁸,

zum Thema „Einbruchdiebstahl ist kein Kavaliersdelikt“⁹,

Motionen,

- um den bedingten Strafvollzug wieder einzuschränken und den unbedingten wieder zu erleichtern¹⁰,
- zur Senkung der Altersgrenze zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht¹¹,
- betreffend griffige Instrumente gegen Krawallmacher und Vandalen¹²,
- um der Gewalt strafrechtlich schärfer zu begegnen¹³,
- zum Waffengesetz („Küchenmesser gehören in die Küche“)¹⁴,
- zur Verschärfung des Jugendstrafrechts¹⁵,
- um die Eltern mehr in die Pflicht zu nehmen¹⁶ oder betreffend schwere Steuerhinterziehung,¹⁷

ein **Postulat** zur Erhöhung des Strafmasses bei sexuellen Handlungen mit Kindern¹⁸,

parlamentarische Initiativen

- betreffend Strafverschärfung bei Kriminaltourismus¹⁹,

⁷ Wobei auch die Ergebnisse der Studie von SCHWARZENEGGER et al. (CH. SCHWARZENEGGER, P. MANZONI, D. STUDER, C. LEANZA, Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält, Jusletter 13. September 2010), ein Auseinanderklaffen von Einstellungen der Bevölkerung und der medialen und politischen Diskussion nachweist.

⁸ Interpellation 10.3719 von NATALIE RICKLI, eingereicht am 29.9.2010.

⁹ Interpellation 10.3063 von ANDREA GEISSBÜHLER, eingereicht am 9.3.2010.

¹⁰ Motion 10.3589 von PIRMIN BISCHOF, eingereicht am 18.6.2010.

¹¹ Motion 10.3555 von OSKAR FREYSINGER, eingereicht am 18.6.2010.

¹² Motion 10.3435 von NORBERT HOCHREUTENER, eingereicht am 15.6.2010.

¹³ Motion 10.3434 von NORBERT HOCHREUTENER, eingereicht am 15.6.2010.

¹⁴ Motion 10.3386 von JOSEF ZISYADIS, eingereicht am 8.6.2010.

¹⁵ Motion 10.3131 von HANS FEHR, eingereicht am 16.3.2010.

¹⁶ Motion 10.3061 von ANDREA GEISSBÜHLER, eingereicht am 9.3.2010.

¹⁷ Motion 10.3596 von SUSANNE LEUTENEGGER Oberholzer, eingereicht am 18.6.2010.

¹⁸ Postulat 10.3094 von NATALIE RICKLI, eingereicht am 11.3.2010.

¹⁹ Parlamentarische Initiative 10.477 von ALFRED HEER, eingereicht am 18.6.2010.

- zum Verbot der Prostitution Minderjähriger²⁰,
- betreffend Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität²¹, oder um den Verkauf von Bankkundendaten hart zu bestrafen²²

sowie **Standesinitiativen**

- zur gesamtschweizerischen Regelung der Suizidhilfe²³,
- betreffend Massnahmen gegen die Raserei²⁴,
- zur Wiedereinführung des Landesverweises²⁵.

In den Jahren zuvor sieht es nicht anders aus, wie die in der Fussnote 3 des Berichts aufgeführten parlamentarischen Vorstösse belegen. Vorstösse, die in die entgegengesetzte Richtung gehen, finden sich kaum. Ausnahmen bilden einzig diverse Vorstösse betreffend Aufhebung der Rassismusstrafnorm²⁶ und eine Motion gegen den „Missbrauch von Radarfallen“²⁷.

A. *Medien, Politik und Einstellungen der Bevölkerung*

In den Medien bestätigt sich das vorstehend gezeichnete Bild. Ganz anders dagegen die Einstellung der Bevölkerung. Die vom Bericht angesprochene Diskussion um die Strafmasse ist eine mediale bzw. politische. Sie gibt nicht die Einstellungen der Bevölkerung wieder. Die nämlich sind erheblich und deutlich weniger punitiv und repressiv als Politik und Medien, wie die empirische Forschung zeigt.²⁸ Insofern ist auch völlig unzulässig, wenn der Bericht etwa im Zusammenhang mit der Fahrlässigen Tötung bei sog. „Raserunfällen“ von „mehr und mehr Unmut“ der Öffentlichkeit und Politik spricht.²⁹ Der Begriff der Öffentlichkeit sollte hier nicht verwendet wer-

²⁰ Parlamentarische Initiative 10.439 von LUC BARTHASSAT, sowie die Parlamentarische Initiative 10.435 von CHANTAL GALLADÉ, beide eingereicht am 19.3.2010. Dazu auch die Standesinitiativen 10.320 des Kantons Wallis vom 19.5.2010 und 10.311 des Kantons Genf vom 3.2.2010.

²¹ Parlamentarische Initiative 10.415 der sozialdemokratischen Fraktion, eingereicht am 15.3.2010.

²² Parlamentarische Initiative 10.451 der FDP-Liberale Fraktion, eingereicht am 17.6.2010.

²³ Standesinitiative 10.306 des Kantons Basel-Landschaft, eingereicht am 14.1.2010. Die zitierte Studie SCHWARZENEGGER et al. zeigt ebenso exemplarisch wie sehr die politische Diskussion an den Wünschen der Bevölkerung vorbeigeht.

²⁴ Standesinitiative 10.303 des Kantons Solothurn, eingereicht am 8.1.2010.

²⁵ Standesinitiative 10.300 des Kantons Tessin, eingereicht am 17.12.2009.

²⁶ Bspw. die Parlamentarische Initiative 06.472 von BERNHARD HESS, eingereicht am 6.10.2006, oder die Motion 09.3843 von CHRISTOPH MÖRGELI, eingereicht am 24.9.2009.

²⁷ Motion 10.3800 von ULRICH GIEZENDANNER, eingereicht am 1.10.2010.

²⁸ Vgl. dazu A. KUHN, *L'opinion publique réclame-t-elle des peines plus sévères que celles prononcées par les juges?* in: *Der Richter und sein Bild - Le juge et son image*, Berne: Stämpfli, 2008, 267 ff.; A. KUHN, *Verlangt die öffentliche Meinung strengere Strafen als die von den Richtern ausgesprochenen?* in: *Der Richter und sein Bild - Le juge et son image*, Berne: Stämpfli, 2008, 279 ff., A. KUHN/J. VUILLE, *Répression versus resocialisation - La punitivité du public est-elle en phase avec celle des juges?* in: *Neue Gewalt oder neue Wahrnehmung? - Nouvelle violence ou nouvelle perception de la violence?*, Berne: Stämpfli, 2009, 151 ff.; sowie schliesslich A. KUHN / J. VUILLE, *La justice pénale : Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*, Lausanne: PPUR, Le savoir suisse, 2010, 93 ff. wo eine klare Abnahme der Punitivität der Bevölkerung nachgewiesen wird. Vgl. auch die Ergebnisse der Studie von SCHWARZENEGGER et al. (CH. SCHWARZENEGGER, P. MANZONI, D. STUDER, C. LEANZA, *Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidhilfe hält*, Jusletter 13. September 2010), die ein Auseinanderklaffen von Einstellungen der Bevölkerung und der medialen und politischen Diskussion nachweist.

²⁹ Bericht, S. 14.

den, weil er „Bevölkerung“ verstehen lässt, während er in Wirklichkeit den medialen Diskurs meint, der zu weiten Teilen eben wiederum vom politischen instrumentalisiert wird. Wie erwähnt zeigen die empirischen Untersuchungen zu den Einstellungen der Bevölkerung sei es im Zusammenhang mit der Urteilspraxis der Gerichte, sei es beispielsweise mit der politisch umstrittenen Sterbehilfe, dass mediale Darstellung und Einstellung der Bevölkerung überhaupt nicht deckungsgleich sind.

Dennoch ist auch das Volk im Rahmen dieser allgemeinen medialen und politischen Debatten jeweils der punitiven Position gefolgt (Annahme der Verwahrungsinitiative, der Initiative für die Unverjährbarkeit pornographischer Straftaten an Kindern, „Ausschaffungsinitiative“).

B. Strafzwecke, insbesondere Abschreckung

Auffällig ist, dass dabei immer von **Abschreckung oder von Schutz** gesprochen wird. Stellvertretend für viele andere aus einer Motion HOCHREUTENER³⁰:

„Damit sich Personen auch am Abend und vor allem an Wochenenden ohne Angst im öffentlichen Raum bewegen können und um eine progressive Eskalation der Attacken zu verhindern, muss durch ein klares und spürbares Eingreifen des Strafrechts im Sinne der Spezial- und Generalprävention deutlich gemacht werden, dass die Urheber solcher Gewalttaten mit empfindlichen, unmittelbar spürbaren Sanktionen zu rechnen haben, auch wenn es nicht zu dauernden Schäden bei den Opfern kommt.“

Erhofft wird mithin, durch mehr Strafe zukünftige Straftaten verhindern zu können. Diese Prävention soll ihrerseits den stärkeren Eingriff in die Rechtsgüter des Täters (denn das ist Strafe) legitimieren.

Der Präventionsgedanke äussert sich insbesondere in den sog. relativen Straftheorien, welche die Strafe nicht als Selbstzweck zur Abgeltung von Schuld sehen, sondern sie durch ihren sozialen Nutzen für die Gesellschaft legitimieren. Die Strafan drohung und die Strafe sollen dabei entweder alle Rechtsunterworfenen ansprechen (Generalprävention), oder nur den bereits straffällig Gewordenen (Spezialprävention). Dies kann jeweils auf zwei Arten geschehen: Entweder kann versucht werden, bestimmtes Verhalten zu fördern (positive Prävention) oder umgekehrt zu verhindern (negative Prävention).

Daraus ergeben sich **vier Präventionsvarianten**:

1. Die negative Spezialprävention will den Straffälligen durch Erleben lassen des Strafübels vor Begehung weiterer Straftaten abschrecken. 2. In der positiven Variante will sie den Straftäter bessern oder (re-)sozialisieren, damit er keine weiteren Delikte mehr begeht. Spezialpräventive Ideen gehen in erster Linie auf FRANZ VON LISZT zurück, der mit seinem Marburger Programm³¹ 1882/1883 bereits gefordert hat: Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher, Abschreckung nicht besserungsbedürftiger Verbrecher und Unschädlichmachung nicht besserungsfähiger Verbrecher.³²

3. Die an alle gerichtete negative Generalprävention will alle Rechtsunterworfenen – als potentielle Rechtsbrecher – abschrecken, indem ein Strafübel über die Strafan drohung in Aussicht gestellt wird. Sie geht auf PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACHS sog.

³⁰ Vgl. Fn. 13.

³¹ FRANZ VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Baden-Baden 2002.

³² VON LISZT (Fn. 31), S. 42.

Theorie des psychologischen Zwangs zurück. Danach ist die Strafandrohung zur Abschreckung aller als „mögliche Beleidiger“ entscheidend, der Vollzug der Strafe ist hingegen nur dazu da, die Ernsthaftigkeit dieser Drohung zu demonstrieren.³³ 4. Als letzte Variante bleibt die positive Generalprävention (auch Integrationsprävention genannt): Die Allgemeinheit erscheint hier nicht als eine Vereinigung potentieller Rechtsbrecher, sondern als rechtstreuere Bürgerinnen und Bürger. Indem abweichendes Verhalten anderer bestraft wird, soll die Strafe die Gültigkeit und Verbindlichkeit der Rechtsordnung bestätigen. Durch die nicht zuletzt auch symbolische Reaktion des Staates auf die Normverletzung kann sich die Allgemeinheit rückversichern, dass ihre Normen noch gelten.

Die Hintergründe des Revisionsvorhabens sprechen sowohl die Spezial- wie auch die Generalprävention **ausschliesslich in ihren negativen Varianten** an, also Verhinderung von Straftaten durch die Abschreckung aller oder einzelner durch mehr Strafe. Die positiven Präventionsvarianten spielen keine Rolle. Nun lässt sich keine dieser Präventionsvarianten empirisch belegen. Insbesondere aber die der Vorlage zugrunde liegende Idee der Abschreckung (neg. General- oder Spezialprävention) ist hundertfach überprüft worden. Klares Resultat dieser Untersuchung ist, dass eine Abschreckungswirkung, wie sie sich der Gesetzgeber wünscht, schlicht nicht existiert. Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass es eine kriminologische Binsenweisheit ist, dass die Art der Strafe und deren Höhe nahezu keinen Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit der Deliktsbegehung (oder eines Rückfalles) haben.

Beispiel: Die beabsichtigte Änderung von Art. 226^{bis} Abs. 1: Demnach soll derjenige, der vorsätzlich durch Kernenergie, radioaktive Stoffe oder ionisierende Strahlung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder fremdes Eigentum von erheblichem Wert verursacht, mit einer Freiheitsstrafe von neu nicht unter einem Jahr bestraft werden, womit eine Geldstrafe zu verbinden wäre. Das wird ausdrücklich mit der Generalprävention begründet, im Zusammenhang mit der erheblichen potentiellen Gefahr.³⁴ Das kann nur so verstanden werden, dass der Entwurf davon ausgeht, mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe liessen sich Delikte verhindern, die unter der alten Strafandrohung eher begangen würden. Dabei sei aber nochmals auf die empirische Grundlagen bzw. deren Fehlen für die Annahmen der Vorlage hingewiesen. Selbst wenn man nämlich kriminologischen Forschungen nicht vertrauen und fälschlicherweise eine Abschreckungswirkung annehmen wollte, so zeigt doch die Strafurteilsstatistik, dass die bestehende Strafdrohung zweifellos ausreichend ist, ist bis dato keine einzige Verurteilung gestützt auf Art. 226^{bis} erfolgt.³⁵

De facto existieren also für die vorgebrachten Gründe einer Strafschärfung keinerlei empirische Belege. Es existieren nicht einmal Indizien dafür, dass eine Strafschärfung nützlich sein könnte. Denn selbst wenn man eine Abschreckungswirkung des Strafrechts annehmen wollte, zeigt die Urteilsstatistik doch, dass die Strafbestimmung offensichtlich „funktioniert“.

Will man mithin eine Strafschärfung, so könnte als Begründung dafür einzig der Wunsch nach schärferen Strafen vorgebracht werden. Dieser Wunsch allerdings ist,

³³ PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Giessen 1832, § 13 ff.

³⁴ Bericht, S. 31.

³⁵ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzelnen.html

wie empirisch nachweisbar ist, ein Wunsch alleine der medialen und politischen Diskussion und gerade nicht der Bevölkerung.

3. *Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Strafschärfung*

Immer wieder wird im Bericht zur Begründung für eine Änderung auf die Zahlen der Strafurteile nach den entsprechenden Bestimmungen verwiesen. Zum einen werden diese Urteilszahlen als Hinweis auf eine Entwicklung der Kriminalität vorgebracht,³⁶ zum anderen werden die geringen Zahlen als Begründung dafür vorgebracht, dass die entsprechenden Normen aufgehoben werden könnten.³⁷ Das erscheint in beiden Varianten als verfehlt.

1. Zur Begründung einer Straferhöhung taugen die Zahlen nicht, weil aus der Tatsache, dass die Verurteilungen wegen eines Delikt statistisch betrachtet zu- oder abnehmen, nicht auf die Gründe dafür geschlossen werden kann (ganz abgesehen davon, dass auch die Frage der Zu- oder Abnahme selbst durchaus schwierig ist).

2. Soweit die Strafurteilsstatistik in diesem Zusammenhang überhaupt verwendet wird, sollten jedenfalls nicht absolute Zahlen, sondern relative, auf die Wohnbevölkerung des jeweiligen Jahres bezogene Zahlen pro 100 000 Einwohner verwendet werden.

- So wird etwa im Zusammenhang mit der schweren Körperverletzung die Zunahme der Urteile von 1984 bis 2005 vorgebracht (die relativen Urteilszahlen pro 100 000 Einwohner lauten 0.49 Urteile im Jahr 1984; 0.75 Urteile im Jahr 1996; 1.25 Urteile im Jahr 2005). Nun lässt sich aus diesen Zahlen nichts über die Gründe dieser Entwicklung ableiten. Typischerweise stellt denn der Bericht auch nicht darauf ab. Vielmehr führt er aus, dass unabhängig von der medialen Berichterstattung, die verzerrend sein könne, Berichte (meinend Medienberichte) über tätliche Angriffe auf Passanten das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung beeinträchtigten, wobei für diese Behauptung wieder kein Beleg gegeben wird. Festgestellt wird einzig, aus kriminalpolitischen Gründen rechtfertige sich deshalb (also wegen der Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls, die gar nicht nachgewiesen ist) eine Erhöhung der Mindeststrafe.³⁸
- Auch bei der sog. harten Pornographie werden Urteilszahlen angeführt (wiederum absolute, statt relative Zahlen),³⁹ wobei die Zunahme primär mit den Verbreitungsmöglichkeiten über das Internet begründet wird, obwohl einerseits die Rechtsprechung zur Pornographie immer restriktiver und gleichzeitig die Strafbestimmung selbst verschärft wurde.

3. Gänzlich unklar bleibt damit, was die entsprechenden Urteilszahlen überhaupt für eine Bedeutung haben sollten, geschweige denn, was die Verschärfungen denn eigentlich bezwecken sollte. Wie gezeigt kann eine abschreckende Wirkung damit jedenfalls vernünftigerweise nicht angestrebt werden.

³⁶ Bericht, S. 15 (zu Art. 122) oder 25 (zu Art. 197).

³⁷ So etwa Bericht, S. 9, 28 (zu Art. 213), 38 (zu Art. 260^{quater}), 38 f. (zu Art. 263), 40 (zu Art. 277), 41 (zu Art. 278), 48 (zu Art. 325^{bis}), 49 (zu Art. 331).

³⁸ Bericht, S. 15.

³⁹ Bericht, S. 25.

4. *Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Streichungen von Strafbestimmungen*

Umgekehrt werden vom Bericht die Strafurteilszahlen auch als Begründung dafür angeführt, dass bestimmte Strafbestimmungen aufgehoben werden könnten,⁴⁰ da den Bestimmungen nur marginale Bedeutung zukomme. Das ist so gänzlich unzulässig.

Aus der Tatsache, dass eine Strafbestimmung selten oder gar nicht angewandt wird (Seins-Ebene), lässt sich nichts schliessen für die Frage, ob die Bestimmung zurecht besteht oder nicht, ob sie bestehen bleiben soll oder nicht (Sollens-Ebene). Die normative Frage lässt sich nicht aus dem Sein ableiten, was eigentlich seit DAVID HUME allgemein anerkannt ist. Aus der Tatsache, dass es keine Urteile zu einer bestimmten Bestimmung gibt, lässt sich deren Bedeutungslosigkeit ebenso wenig ableiten, wie sich umkehrt aus einer Vielzahl von Urteilen ableiten liesse, dass die Bestimmung zu weit gefasst wäre.

Wollte man aber tatsächlich, entgegen dem Vorstehenden, aus dem reinen Sein auf das Sollen schliessen, so müsste dies doch wenigstens systematisch geschehen. Vgl. dazu die Ausführungen mit Angabe statistischer Daten unter: 11. Aufhebung von Strafnormen, hinten S. 23 f.

5. *Kriminologische Erkenntnisse*

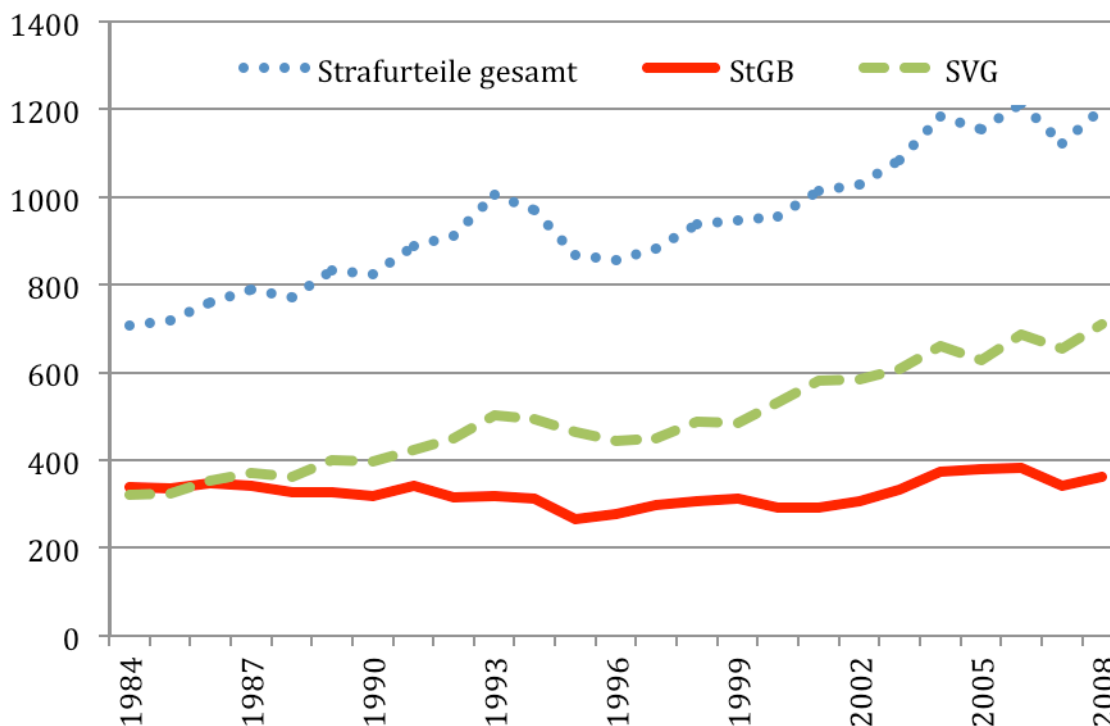
Soweit nun die Kriminalitätsentwicklung selbst als implizite oder explizite Begründung des Revisionsvorhabens angeführt wird, erscheinen einige Grundinformationen vielleicht ganz hilfreich.

A. *Keine Zunahme der Kriminalität im Kernstrafrecht*

Zweifelsfrei sollte einmal sein, dass die Kriminalität nach dem Kernstrafrecht über die letzten 30 Jahre **nicht** zugenommen hat. Die Urteilsstatistik zeigt zwar für diesen Zeitraum eine Zunahme aller Strafurteile, doch ist die eben gerade nicht auf die Kriminalität nach dem Strafgesetzbuch zurückzuführen, sondern primär auf die Verurteilungen nach dem Strassenverkehrsgesetz (SVG), während die Verurteiltenquote der Strafurteile nach dem StGB pro 100 000 Einwohner praktisch konstant blieb, was in der nachfolgenden Tabelle sehr deutlich wird.

⁴⁰ Bericht, S. 28 (zu Art. 213), 38 (zu Art. 260^{quater}), 38 f. (zu Art. 263), 40 (zu Art. 277), 41 (zu Art. 278), 48 (zu Art. 325^{bis}), 49 (zu Art. 331).

Strafurteilsstatik. Strafurteile pro 100 000 Einwohner 1984-2009 nach Gesetz



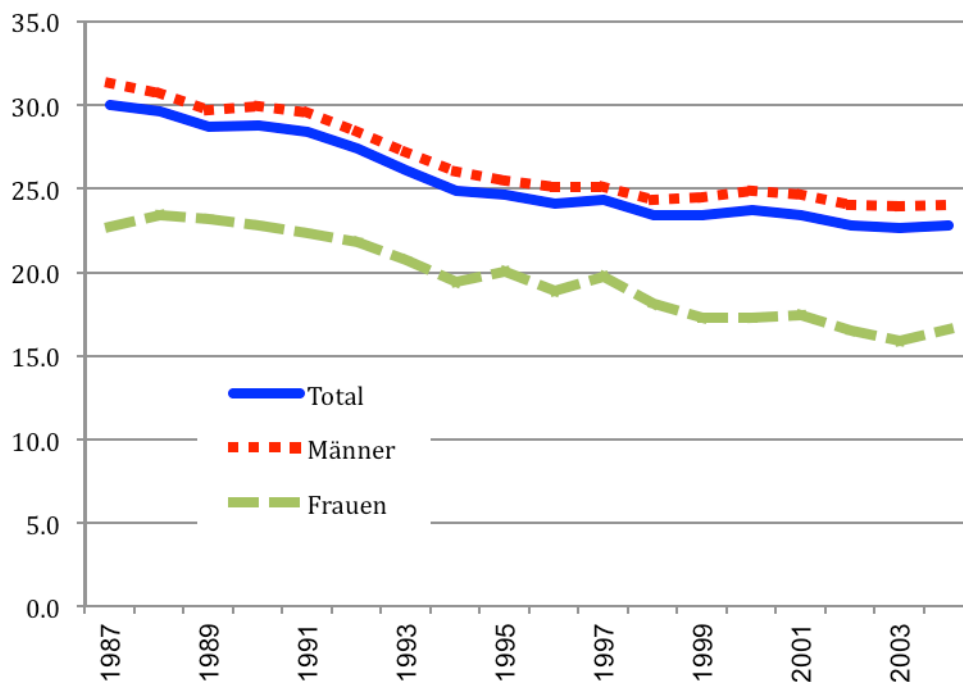
Daraus folgt, dass Veränderungen der Gesetzgebung im Bereich des Kernstrafrechts jedenfalls nicht global sein können, weil offensichtlich global keine Zunahme zu verzeichnen ist. Soweit „für das Strafrecht“ oder auch nur „für das Kernstrafrecht“ (also nach StGB) argumentiert wird, sind alle Begründungen, die auf eine Zunahme der Kriminalität verweisen schlicht unzutreffend. Vielmehr müsste, wenn überhaupt, auf Veränderungen der Kriminalität nach einzelnen Delikten abgestellt werden.

B. Abnehmende Rückfälle

Es würde nun zu weit führen, hier eine eigentliche kriminologische Analyse durchzuführen, doch wird im Bericht verschiedentlich auf das Ungenügen der angedrohten und ausgefallenen Strafen verwiesen, weshalb die Strafminima zu erhöhen seien. Empirisch erscheint nun klar, dass der „Erfolg“ einer Strafe sich retrospektiv an der Häufigkeit der Rückfälle messen lässt. Soweit eine Strafe überhaupt eine messbare Wirkung beim Täter auslöst, sollte sie jedenfalls die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalles mindern. Betrachtet man sich nun die Rückfallquoten, die sich aus der schweizerischen Urteilsstatistik ergeben, so erscheint – anders als dies der Bericht unterstellt oder gar explizit behauptet – der „Erfolg“ des schweizerischen Strafjustizsystems dauernd im Zunehmen begriffen, die Rückfallquoten nämlich sind seit 30 Jahren permanent im Abnehmen begriffen, und zwar ganz unabhängig davon, ob man nach Alter, Geschlecht, Vorstrafe, Typ des Rückfalldelikts oder Schweregrad des Rückfalls unterscheidet.

Bei jeder Maschine oder jedem System, deren oder dessen Ziel die Prävention sein soll, würde das Abnehmen der Rückfallhäufigkeit als klarer Erfolg gewertet. Warum beim Strafjustizsystem nun das genaue Gegenteil gelten sollte, wird nicht klar. Tatsächlich bewirkt ein Kontakt mit der Justiz, dass die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Deliktes sinkt. Zusätzlich **sinkt die Rückfallwahrscheinlichkeit seit 30 Jahren**, so dass eigentlich nur der Schluss bleibt, dass der Strafvollzug seine Wirkungen stetig verbessert habe.

Strafurteilsstatistik. Rückfallquote 1984-2004 nach Geschlecht



C. Schlussfolgerungen

Alleine aus diesen beiden empirischen Angaben lässt sich bereits schliessen, dass die Begründung des Berichtes, soweit **tatsächliche** Entwicklungen angesprochen werden, schlicht nicht zutreffend sind.

Wenn die Kriminalität als stabil erscheint und gleichzeitig die Rückfallquoten ständig sinken, dann erscheint deutlich, dass die Strafjustiz gut arbeitet. Deutlich wird auch, dass die „Präventionswirkung“ ständig verbessert wird.

Aus diesen beiden Tatsachen wiederum folgt, dass die vorgeschlagene **Verschärfung des Strafrechts gerade nicht präventiv orientiert sein kann**, sondern wohl einzig repressiv motiviert ist. Die von den Medien und der Politik als zu wenig streng qualifizierten Strafen sind, anders als deren Behauptung, eben gerade angemessen und erfolgreich.

6. Rechtsgüter und „Richtiger“ Rechtsgüterschutz?

Der Bericht hält fest, dass eine zunehmende Tendenz zur vermeintlichen Lösung gesellschaftlicher Probleme durch neue Straftatbestände und höhere Strafandrohungen bestehe. Ein derart umfassender Einsatz des Strafrechts könne jedoch mit dem Anliegen eines „richtigen“ bzw. verhältnismässigen Rechtsgüterschutzes kollidieren. Letztlich gehe es darum, dass die angedrohte Strafe mit dem Wert des geschützten Rechtsguts bzw. mit dem Unwert des sanktionierten Verhaltens korrelieren solle. Wo dies nicht der Fall sei, müsse dieses Missverhältnis korrigiert oder zumindest auf ein absolutes Minimum beschränkt werden.⁴¹

Damit wird suggeriert, es gebe entweder einen absoluten („dass die Strafe mit dem Wert des geschützten Rechtsguts [...] korreliert“⁴²), oder doch zumindest einen rela-

⁴¹ Bericht, S. 6.

⁴² Bericht, S. 6.

tiven Wert eines Rechtsguts („verhältnismässigen Rechtsgüterschutz“⁴³). Eine Betrachtung des Konzepts des Rechtsguts zeigt bereits, dass dies so nicht zutreffen kann:

Die Rechtsgutstheorie setzt sich mit der Frage auseinander, *was* durch das Strafrecht geschützt werden soll. Die weitgehend herrschende systemkritische Rechtsgutstheorie versucht zu identifizieren, was strafbar sein kann bzw. was nicht strafbar sein darf, indem sie Güter identifiziert, die so bedeutsam sind, dass deren Verletzung – teilweise auch schon nur deren Gefährdung – eine strafrechtliche Reaktion rechtfertigt. Bis heute ist es nicht gelungen, den Begriff des Rechtsguts klar und ohne Zirkelschlüsse zu bestimmen. Auch vermag der Begriff nicht alle Kriminalisierungen zu legitimieren: Bei Umweltdelikten oder bei der Tierquälerei ist nicht ersichtlich, welches Rechtssubjekt in seinen Rechtsgütern tangiert sein könnte. Umgekehrt ist bei Strafnormen oftmals auch nicht klar, welches Rechtsgut denn damit geschützt werden soll. Es ist gerade nicht so, dass Rechtsgüter Axiome wären, vielmehr sind sie in ihrem Bestand und ihrer Gestaltung den herrschenden Vorstellungen unterworfen und damit auch fungibel. Es wäre beispielsweise ohne weiteres denkbar, dass eine Gesellschaft Schmatzen bei Tisch als derart schlimm erachtete, dass sie eine entsprechende Strafnorm einführen würde. Geschütztes Rechtsgut wären dann wohl die Tischsitten. Daran ändert auch die im Bericht angeführte, von ROXIN herstammende, Definition des Rechtsgutes nichts, wonach unter Rechtsgut alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen seien, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig seien.⁴⁴ Denn das ist eine Leerformel. *Was* freie Entfaltung des Einzelnen etc. ist und *welche Gegebenheiten* und *Zwecksetzungen* dafür notwendig sind, entspricht immer nur den jeweiligen Vorstellungen einer Gesellschaft. Das können die Tischsitten genau so gut sein wie der im Bericht erwähnte Computerfrieden⁴⁵.

Nachdem bereits der Begriff des Rechtsguts deutliche Schwierigkeiten macht, scheint es gänzlich unmöglich, einem Rechtsgut einen bestimmten absoluten Wert zuzuordnen zu wollen. Völlig unklar bleibt auch, wie dieser Wert zu messen oder in welcher Einheit er anzugeben wäre.

Nun könnte man versuchen, die verschiedenen Rechtsgüter zueinander in Bezug zu setzen, um einen relativen Wert zu bestimmen (Rechtsgut X ist wertvoller als Rechtsgut Y, aber weniger wertvoll als Rechtsgut Z). Auch dies führt indes nicht weiter: *prima vista* einleuchtend wäre vielleicht noch die Aussage, das menschliche Leben sei das höchste Gut, doch kann auch dies bereits Probleme bei der Abstimmung zwischen den klassischen vorsätzlichen Tötungsdelikten und dem Tatbestand des Völkermordes machen: Mord (Art. 112 StGB) und Völkermord (Art. 264 StGB) haben identische Strafraum, unklar bleibt dennoch, ob das sanktionierte Verhalten *per se* gleichwertig wäre. Dies umso mehr, als Art. 264 im zwölften Titel^{bis} des StGB eingeordnet ist, in welchem die Interessen der Völkergemeinschaft geschützt werden sollen, und nicht etwa „Leib und Leben Vieler“ o.Ä.

⁴³ Bericht, S. 6.

⁴⁴ Bericht, S. 6 m.H.a. CLAUS ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., München 2006, § 2 N 7.

⁴⁵ Bericht, S. 6. An der Stelle wird davon gesprochen, dass neue Straftatbestände und Rechtsgüter aufgrund des technischen Fortschritts – insbesondere im elektronischen Bereich – geschaffen worden seien. Paradoxerweise befasst sich die vorliegende Revision in erster Linie mit den „Klassikern“, nämlich Leib und Leben sowie Sexualdelikten.

Wie etwa der schon erwähnte Computerfriede taxiert werden sollte, bleibt auch nach Lektüre des Berichts völlig schleierhaft. Anders als der Bericht suggeriert lassen sich Rechtsgüter eben nicht einfach bewerten und die Strafandrohung rechnerisch aus diesem Wert herauslesen. Einen „richtigen“ Rechtsgüterschutz im Sinn von absolut oder relativ objektiv richtig kann es demnach nicht geben. Es überrascht denn auch nicht, dass in dieser Revision die Strafbestimmungen des Besonderen Teils des StGB – entgegen der eigenen Zielsetzung – ganz offensichtlich eben gerade nicht „einer umfassenden Überprüfung mit Blick auf den Rechtsgüterschutz beziehungsweise auf die Gewichtung der geschützten Rechtsgüter unterzogen“⁴⁶ wurde, sondern bloss ausserordentlich punktuelle Änderungen vorgeschlagen werden.

Entsprechend mutet nachgerade äusserst merkwürdig an, wenn im Bericht an zahlreichen Stellen gesagt wird, die eine oder andere Mindest- oder Höchststrafe sei „angemessen“: Man kann eben gerade nicht messen, das Gegenteil zu suggerieren ist nicht korrekt. Insofern hat die häufig vorgebrachte Begründung, etwas sei „angemessen“ keine Begründungsqualität.

7. *Anpassungen von Mindeststrafen – Nicht systematisch, sondern punktuell*

Dass bei Ausarbeitung der Vorlage nicht systematisch, sondern punktuell vorgegangen wurde, zeigt sich anschaulich bei der Anpassung von Mindeststrafen. Folgender Grundsatz soll für den Entwurf gelten: „Gesetzliche Mindeststrafen sind zu vermeiden, da sie das Ermessen des Gerichts einschränken und zu ungerechten Ergebnissen führen können. Trotzdem kann auf sie nicht gänzlich verzichtet werden, bringen sie doch zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber eine Straftat oder eine Qualifikation einer solchen als erhöht strafwürdig ansieht. Sie sollten jedoch nur dann festgelegt werden, wenn sie nachvollziehbar und sinnvoll sind.“⁴⁷ Mindeststrafen von 30 Tagessätzen Geldstrafe sollen entweder ersatzlos gestrichen oder auf 90 Tagessätze Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von drei Monaten erhöht werden. Dabei sollen die Mindeststrafen in einer „vernünftigen Relation zur Höchststrafe“ stehen.⁴⁸

Äusserst schwierig ist bereits zu sagen, wann eine Mindeststrafe sinnvoll und nachvollziehbar sei. Entsprechend enthält die Vorlage merkwürdige Ergebnisse:

- Beim Tatbestand von **Art. 231 Abs. 1** (Verbreiten von menschlichen Krankheiten) etwa wird die heute bestehende Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe aufgehoben, bei **Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2** (Gewerbmässiges Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter) wird sie dagegen auf 90 Tagessätze erhöht. Bei Art. 231 heisst es lapidar, die Mindeststrafe sei nicht angemessen, bei Art. 235 StGB soll hingegen dem Umstand der Gewerbmässigkeit Rechnung getragen werden.⁴⁹ Offenbar wird dem Tierfutter ein höherer Stellenwert zugestanden als der Gesundheit von Menschen. Noch merkwürdiger erscheint dieses Vorhaben angesichts der Tatsache, dass Art. 235 StGB nicht etwa denjenigen bestraft, der mit seinem Futter Tieren schadet, sondern denjenigen, der Futter herstellt, welches für die Gesundheit der Tiere eine Gefahr darstellt. Bei Art. 231 StGB hingegen geht es um die tatsächliche Verbreitung gefährlicher übertragbarer menschlicher Krankheiten. Inwiefern dies harmonisch oder angemessen oder sinnvoll oder nachvollziehbar sein soll, ist nicht ersichtlich.

⁴⁶ Bericht, S. 5.

⁴⁷ Bericht, S. 6.

⁴⁸ Bericht, S. 6f.

⁴⁹ Bericht, S. 32.

- Bei **Gewerbsmässig begangenen Delikten** soll nun einheitlich bestraft werden: „Die Gewerbsmässigkeit wird mit sehr unterschiedlichen Mindeststrafen geahndet: Geldstrafe von 90 Tagessätzen (...), ein Jahr Freiheitsstrafe (...), oder es gibt gar keine Mindeststrafe (...). Aus diesem Grund ist die Mindeststrafe einheitlich auf sechs Monate Freiheitsstrafe festzulegen.“⁵⁰ Damit wird Unzutreffendes unterstellt: Nicht Gewerbsmässigkeit an sich wird nämlich bestraft, sondern gewerbsmässige Begehung eines Delikts, und zwar in der Regel strenger als eine einmalige Tat. Das Qualifikationsmerkmal ist also immer in Zusammenhang mit einem bestimmten Grundtatbestand zu sehen. Unterschiedliche Mindeststrafen sind also kein Fehler des Gesetzes, vielmehr ist dies durchaus sinnvoll: Gewerbsmässige Erpressung (Art. 156 Ziff. 2) scheint doch im Unrechtsgehalt schwerer zu wiegen als die gewerbsmässige Warenfälschung (Art. 155 Ziff. 2). Dass für beides nun die gleiche Mindeststrafe vorgesehen werden soll, ist weder sinnvoll noch nachvollziehbar.
- Auch an anderer Stelle werden verschiedene Strafnormen auf merkwürdigste Weise gleichgesetzt: So soll der **Missbrauch einer Fernmeldeanlage (Art. 179^{septies})** neu mit der gleichen Strafe bedroht werden wie der **Hausfriedensbruch (Art. 186)**, weil – so die Begründung – die Beunruhigungen und Belästigungen teilweise massiv sein könnten.⁵¹ Entsprechend wird die Strafandrohung von Art. 179^{septies} StGB erhöht. Erstaunlicherweise heisst es aber auf der gleichen Seite des Berichts betreffend Hausfriedensbruch: „Aufgrund des Bagatelldcharakters [!] [seien] vor der letzten AT-Revision entweder sehr kurze Freiheitsstrafen oder Bussen ausgesprochen [worden]. Der Strafrahmen [entspreche] ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit. Aus diesem Grund [sei] die Freiheitsstrafe auf ein Jahr zu beschränken.“⁵² Es ist zumindest sehr fraglich, ob beunruhigende oder belästigende Anrufe gleichzusetzen sind mit dem unrechtmässigen Eindringen oder Verweilen in einer Wohnung. Fragwürdig ist auch die Begründung – das eine könne massiv sein, das andere habe Bagatelldcharakter. V.a. letzteres kann so nicht gesagt werden, denn berücksichtigt wurden ja eben ausschliessliche Verurteilungen nach Hausfriedensbruch alleine.⁵³ Der typische Fall eines Einbruchdiebstahls (Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch und Diebstahl) wurde also gerade nicht berücksichtigt. Die Bevölkerung ist durch den Hausfriedensbruch in dieser Konstellation aber einerseits häufig betroffen, und andererseits sehr stark in ihrem Sicherheitsgefühl tangiert. Unzutreffend erscheint entsprechend die Formulierung, der Strafrahmen entspreche „ganz offensichtlich“ nicht der Rechtswirklichkeit. „Ganz offensichtlich“ nämlich ist, dass dies nicht „ganz offensichtlich“ ist.

Im Übrigen erstaunt, dass beim Hausfriedensbruch argumentiert wird, der Strafrahmen sei zu senken, da hier in der Regel **niedrige Strafen** ausgesprochen würden. Bei zahlreichen anderen Delikten des Entwurfes spielt gerade dies überhaupt keine Rolle. Obwohl auch bei anderen Delikten durchschnittlich tiefe Strafen ausgefällt werden, sollen dort die Strafandrohungen verschärft oder gar weit über dem Verurteilungsdurchschnitt angesetzte Mindeststrafen festgelegt werden (bspw. bei Art. 174 Ziff. 2, Verleumdung).

Ein allgemeiner Fehler des Entwurfes dürfte denn auch darin liegen, dass von imaginären konkreten Einzelfällen auf Strafrahmen geschlossen wird. So wird bspw. als Begründung für die vorgesehene **Erhöhung der Maximalstrafe für Verletzung des**

⁵⁰ Bericht, S. 17.

⁵¹ Bericht, S. 23.

⁵² Bericht, S. 23.

⁵³ Bericht, S. 10.

Amtsgeheimnisses (Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1) auf 5 Jahre Freiheitsstrafe ausgeführt, dass in einem konkreten Fall 5 Jahre angemessen⁵⁴ sein könnten.⁵⁵ Ganz abgesehen von der Tatsache, dass dies keine Begründung ist, könnte man sich doch sicher auch Fälle vorstellen, wo weniger, aber auch deutlich mehr als 5 Jahre Freiheitsstrafe „angemessen“ scheinen würden. Und dies ganz einfach deshalb, weil der Begriff „angemessen“ eben überhaupt keine Hinweise auf ein mögliches Kriterium dieser Angemessenheit enthält. Entsprechend liessen sich auch Fälle denken, wo lebenslängliche Freiheitsstrafe „angemessen“ wäre oder aber auch Straffreiheit. Mit solchen gänzlich intransparenten „Überlegungen“ oder „Gründen“ können Strafrahmen niemals sinnvoll aufeinander abgestimmt werden.

8. *Rechtsvergleichung*

Zu einer systematischen Arbeit hätte gehört, entweder konsequent Rechtsvergleiche anzustellen (was zu begrüssen wäre) oder ganz darauf zu verzichten. Der Bericht entschied sich jedoch, dies nur bei „einzelnen Bestimmungen“ zu tun⁵⁶ wie bspw. beim Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) oder der Nichtanzeigen eines Fundes (Art. 332 StGB).

Dies ist unbefriedigend und entspricht wiederum dem punktuellen, unsystematischen Vorgehen, das wir bereits moniert haben. Weder wurde rechtsvergleichend untersucht, wie andere Länder ihr Strafrahmensystem aufbauen, noch werden die einzelnen Bestimmungen konsequent verglichen. Dort, wo ein Rechtsvergleich ange stellt wurde, ist nicht ersichtlich weshalb, und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb bei anderen Normen keiner erfolgte.

Nur ein Beispiel: Zum Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) wird gesagt, das schweizerische Strafmass sei zusammen mit dem italienischen das höchste. Doch kennt zumindest Österreich für bestimmte Varianten des Hausfriedensbruches in § 109 Abs. 3 A-StGB ebenfalls eine Höchststrafe von 3 Jahren Freiheitsentzug.

9. *Hinwendung zu einem Erfolgsstrafrecht*

Besorgniserregend erscheint auch die Hinwendung zum Erfolgsstrafrecht, die in dieser Vorlage zum Ausdruck kommt.

Vor rund einem Jahr wurde eine Parlamentarische Initiative eingereicht, die tatsächlich verlangt, dass Art. 19 StGB – Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit – zu streichen sei.⁵⁷

Man muss sich bewusst sein, dass solches einen fundamentalen Angriff auf das Strafrecht wie wir es kennen darstellt: Nach heutigem Verständnis hat der Deliktsaufbau drei Komponenten: Tatbestandsmässigkeit, Schuld und Rechtswidrigkeit. Nur wenn alle drei Komponenten gegeben sind, kann eine Verurteilung zu einer Strafe erfolgen. „Schuld“ ist dabei nicht im umgangssprachlichen Sinne zu verstehen, sondern als Vorwerfbarkeit der Tat.⁵⁸ Bis jetzt war völlig unumstritten, dass jemand nur bestraft werden kann, wenn man ihm seine Tat auch vorwerfen kann; wer das, was von ihm rechtlich gefordert wird, gar nicht tun *kann*, der kann nicht bestraft

⁵⁴ Zur Problematik des „Angemessenen“ siehe oben.

⁵⁵ Bericht, S. 46.

⁵⁶ Bericht, S. 11.

⁵⁷ Parlamentarische Initiative 09.500, eingereicht am 2.12.2009 von ANDREA GEISSBÜHLER, 39 Mitunterzeichnende.

⁵⁸ Statt vieler: GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 2005, § 8 N 23.

werden (*nulla poena sine culpa*). Würde das Erfordernis der Schuld aufgegeben, hätte dies zur Folge, dass für die Strafbarkeit nur noch entscheidend wäre, dass eine Person einen Erfolg kausal verursacht hat. Konsequenterweise müssten dann auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale aufgegeben (und höchstens noch bei der Strafzumessung berücksichtigt) werden. Jemanden für etwas zu bestrafen, dass man ihm aber nicht vorwerfen kann, sollte für eine rechtsstaatliche, aufgeklärte Gesellschaft ein unerträglicher Gedanke sein.

Der Entwurf geht zwar nicht so weit, doch wird bei der Abwägung von Handlungs- und Erfolgsunrecht dem Erfolg grosses Gewicht zugemessen, insbesondere so bezüglich der Frage nach dem „richtigen“ Strafraumen: *„Bei der fahrlässigen Tötung und fahrlässigen schweren Körperverletzung (Art. 117 und Art. 125 Abs. 2) sollen die Höchststrafen von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden, auch um die Diskussion betreffend die schwierige Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz zu entschärfen (...)“*⁵⁹ Dazu ist vorab zu sagen, dass die angesprochene Schwierigkeit kein dogmatisches, sondern in der Regel ein Beweisproblem ist. Deutlich wird aber, wie die Vorwerfbarkeit aus dem Spiel genommen wird, entscheidend soll nur mehr die Tatsache sein, dass ein Mensch getötet oder schwer verletzt wurde. Das Willenselement dagegen, also die Frage, ob ein Täter darauf vertraut hat, dass der Erfolg nicht eintrete, oder ob er den Erfolgseintritt für möglich hielt und in Kauf nahm, bedeutet punkto Vorwerfbarkeit doch ganz offensichtlich nicht dasselbe.

Die angestrebte Erhöhung der Maximalstrafe für fahrlässigen Körperverletzung wird weiter damit begründet, der Erfolg einer fahrlässigen schweren Körperverletzung sei zwar weniger gravierend als bei der fahrlässigen Tötung, aber oft nur vom Zufall abhängig (wohl meinent: nur vom Zufall abhängig, dass keine Tötung erfolgte). Zudem könne die Pflege eines schwer verletzten Opfers für die Angehörigen ebenso belastend sein wie der Verlust eines Familienmitglieds.⁶⁰ Überdeutlich wird hier die Nähe zum Erfolgsstrafrecht: Richtig ist durchaus, dass sich der Erfolgsunwert von fahrlässiger Körperverletzung und fahrlässiger Tötung unterscheiden. Der Bericht aber argumentiert nun aber nicht etwa über den Handlungsunwert, sondern geht zwar vom Erfolgsunwert aus, gleicht aber den Erfolgsunwert der fahrlässigen Körperverletzung implizit demjenigen der fahrlässigen Tötung an. Bestraft werden soll der Täter in dieser Konzeption entsprechend *für das Zufällige*, nicht für sein Verschulden. Das darf nicht sein.⁶¹

Die Aussage bezüglich Pflege Schwerverletzter – man hat wohl dauernd Pflegebedürftige im Blick – ist ebenfalls befremdend: Wer sagt, dass die Pflege eines Opfers für die Angehörigen nicht noch belastender sein kann, als dessen Tod? Wie misst und vergleicht man „Belastung“? Wäre in dem Fall eine höhere Strafe auszusprechen als im Fall einer Tötung?

Der Fehler liegt erkennbar darin, die „Belastung“ der Angehörigen miteinbeziehen zu wollen, oder mit anderen Worten eine Art mittelbaren Eingriff des Täters in die Interessen oder Gefühle (von Rechtsgütern kann hier wohl kaum gesprochen werden) unklar umgrenzter Dritter. Damit wird jegliche Begrenzungsfunktion der

⁵⁹ Bericht, S. 8.

⁶⁰ Bericht, S. 15.

⁶¹ Merkwürdigerweise wird bei der beabsichtigten Streichung von Art. 263 StGB demgegenüber gerade gegenteilig argumentiert, die Bestimmung sei mit einem Schuldstrafrecht nicht vereinbar (Bericht, S. 39). Auch hier wieder ein Beleg für die unsystematische, flatterhafte Vorgehensweise.

Rechtsgutstheorie – welche dieser Revision nach eigener Aussage zu Grunde liegen soll⁶² – gesprengt. Das ist entschieden abzulehnen.

10. Unzufriedenheit und Misstrauen gegenüber den Gerichten

A. Strafrahmen

Am 27.4.2009 reichte Nationalrat JOSITSCH das Postulat 09.3366 „Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen“ ein, welches den Bundesrat beauftragte, eine Studie zu erstellen, in der evaluiert werde, inwiefern die Strafgerichte die vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafrahmen ausschöpften. Die Begründung: Wiederholt werde in der Öffentlichkeit der Vorwurf laut, dass Gerichte insbesondere bei Gewalt- und Sexualstraftaten zu tiefe Strafen ausfällen würden und dass deshalb die Strafrahmen nach oben zu erweitern seien. Gleichzeitig gebe es indes Hinweise, dass die Gerichte die bereits bestehenden Strafrahmen gar nicht ausschöpften und bei einzelnen Delikten auch in schwerwiegenden Fällen das oberste Drittel, teilweise die obere Hälfte des Strafrahmens gar nicht ausnützten. Sollte dies so sein, würde die aktuelle Strafrahmendiskussion ins Leere stossen.⁶³ Zu vermerken ist hier wiederum die Verwendung des Begriffs „Öffentlichkeit“, die Medien und Politik meinen kann, nicht aber die Bevölkerung und ihre Einstellung. Die nämlich erscheinen – nach der vorstehend zitierten Forschung – ganz anders zu sein.

Im Bericht zur Harmonisierung wurden denn statistischen Angaben zu den Verurteilungen von erwachsenen Personen für die Zeitperiode 1984-2006 berücksichtigt, allerdings nur Verurteilungen nach ausschliesslich der jeweiligen Bestimmung (was in der Praxis die Ausnahme darstellen dürfte). Allgemein, so der Bericht, lasse sich feststellen, dass sich Urteile – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nur vereinzelt in der oberen Hälfte befänden; meistens lägen sie weit unter dieser Grenze. Tatsache sei, dass die Gerichte die gegebenen Strafrahmen in aller Regel bei weitem nicht ausschöpften.⁶⁴

Implizit scheint man mit den Gerichten unzufrieden, da sie zu milde Urteile fällen würden. Der Bericht scheint sich dem Postulat JOSITSCH anzuschliessen, das sich auf den Nenner bringen lässt, nicht die Strafrahmen, sondern die Gerichte seien das Problem. Der Bericht erkennt indes, dass er den Gerichten gegenüber keine Weisungsbefugnis hat (vgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 StPO). Deshalb kann er die Strafrahmendiskussion eben nicht ins Leere stossen lassen, sondern nimmt sie relativ offen als Möglichkeit wahr zur Einflussnahme auf die Gerichte im Bestreben, die gewünschte Verschärfung des Strafrechts erreichen.

Die gewählte Methode der „Qualitätskontrolle“ der Rechtsprechung erscheint indes absolut untauglich. Aus der Tatsache, dass der grösste Teil der Urteile im unteren Bereich der Strafrahmen liegt, kann in keiner Weise geschlossen werden, die Strafen seien nicht schuldangemessen. In Erinnerung zu rufen ist, dass ein Gericht immer nur einen Einzelfall beurteilt, und dabei die Strafe nach den bekannten Kriterien der Art. 47 ff. StGB zumisst.⁶⁵ Das tut es innerhalb des gegebenen Strafrahmens – der im Allgemeinen sehr weit gefasst ist – auf Grundlage der Schuld unter Berücksichtigung der spezial- und generalpräventiven Bedürfnisse. Der Strafrahmen selbst enthält keinen Massstab für die Einordnung des konkreten Einzelfalls in ihm; innerhalb des

⁶² Vgl. Bericht, S. 6.

⁶³ Abrufbar unter http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20093366.

⁶⁴ Bericht, S. 10.

⁶⁵ Eingehend dazu BSK StGB²-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 (insbesondere N 32 ff.).

Strafrahmens gibt es keine bestimmte Bezugsgrösse, von welcher der Tatrichter bei der Bewertung des Sachverhalts ausgehen könnte. Wenn das Verschulden nicht besonders schwer wiegt, siedelt die schweizerische Praxis die Strafe in der Regel im unteren bis mittleren Teil des gegebenen Rahmens an. Hohe und Höchststrafen sind nur ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden auszusprechen, und müssen entsprechend begründet werden können. Dass sich die Gerichte eher am unteren Teil des Strafrahmens orientieren ergibt sich schon daraus, dass die Eignung der Strafe zur Erreichung der gewünschten Präventiveffekte skeptisch eingeschätzt wird.⁶⁶ Das ergibt sich aber auch aus dem Verhältnismässigkeitsgebot und dem Prinzip des mass- und sinnvollen Strafens. Klar abzulehnen ist hingegen eine Orientierung am „Statistischen Durchschnittsfall“.⁶⁷

In der Antwort auf das genannte Postulat JOSITSCH war sich der Bundesrat dessen noch bewusst und schrieb: „Die mehrheitliche Ausfüllung der Strafen im unteren Bereich der Strafrahmen hängt vermutlich damit zusammen, dass dort die Fälle bei Weitem nicht das Maximum der vorstellbaren Schwere der jeweils strafbaren Handlung erreicht und die Strafrahmen in der Regel sehr weit gefasst sind (z. B. Freiheitsstrafe von einem bis zehn Jahren oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe). Damit wird den Gerichten ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt, was ihnen ermöglicht, eine dem Einzelfall angemessene Strafe auszufällen.“⁶⁸ Diese Einsicht scheint bei der Ausarbeitung des vorliegenden Entwurfs völlig entschwunden zu sein.

Es gibt mithin keinen sachlichen Grund,⁶⁹ die Arbeit der Gerichte in der Art und Weise zu kritisieren und darauf Einfluss nehmen zu wollen, wie das mit dem vorliegenden Entwurf geschieht.

B. Gerichtliches Ermessen

Geradezu ungeheuerlich ist Begründung der vorgesehenen Änderung von „kann“- zu „ist“-Vorschriften, mit der Rechtsunsicherheit.⁷⁰ Eine derartige Begründung nämlich unterstellt, dass richterliches Ermessen gleichbedeutend sei mit Rechtsunsicherheit.⁷¹ Wollte man dieser Logik folgen, so müsste man doch wohl das richterliche Ermessen insgesamt abschaffen und für das gesamte Strafrecht Strafkataloge wie im Anhang 1 zur OBV⁷² einführen. Das hätte mit einem Schuldstrafrecht allerdings nicht mehr viel gemein.

Wie sehr den Gerichten misstraut wird, zeigt folgende Aussage zu **Art. 187 (Sexuelle Handlungen mit Kindern)**: „Die Einführung einer Mindeststrafe könnte zur Folge haben, dass die Gerichte den Begriff der sexuellen Handlung neu definieren und nur noch mittlere und schwere Übergriffe sanktionieren würden.“⁷³ Ähnlich und fast noch schlimmer auch beim Raub (Art. 140): „Ebenfalls ist in Betracht zu ziehen, dass bei so hohen Mindeststrafen die Bestimmung durch die Gerichte restriktiv ausgelegt wird, sodass sie kaum zur Anwen-

⁶⁶ Vgl. dazu vorne S. 12 ff. (kriminologische Erkenntnisse).

⁶⁷ Zum Ganzen: BSK StGB²-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 N 15 f. m.w.H.

⁶⁸ Abrufbar unter http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093366.

⁶⁹ Vgl. dazu vorne S. 12 ff. (kriminologische Erkenntnisse).

⁷⁰ Bericht, S. 7

⁷¹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Motion 10.3614 „Rechtssicherheit in Bezug auf Pyroschmuggler schaffen“, eingereicht von KURT FLURI am 18.6.2010, welche sich daran stört, dass ein Einzelrichter ein Gesetz anders auslegte als die Staatsanwaltschaft. Das wird als Rechtsunsicherheit erkannt (!), was auf Lücken im Sprengstoffgesetz hinweise! Im Ergebnis wird aber auch da nichts anderes als eine Ausdehnung der Strafbarkeit verlangt.

⁷² Ordnungsbussenverordnung vom 4. März 1996 (OBV; SR 741.031).

⁷³ Bericht, S. 9.

nung gelangt. Oder das Gericht mildert die Strafe infolge einer verminderten Schuldfähigkeit und ist an die Mindeststrafe nicht gebunden (Art. 48a). Das ist auch der Grund, warum vorliegend nahezu alle ausschliesslichen Verurteilungen unterhalb der Mindeststrafe liegen.“⁷⁴

Es erscheint doch nachgerade unglaublich, wie hier – nicht von Politikern oder von Parteien, sondern in einem Bericht des Bundesrates – von den Gerichten gesprochen wird. Es klingt geradezu, als suchten die Gerichte absichtlich nach Tricks, um die Täter möglichst nicht bestrafen zu müssen. Es wird sogar unterstellt, die Gerichte nähmen eine verminderte Schuldfähigkeit nach Belieben an, wie es ihnen gerade passt. Wenn Exekutive und Legislative die dritte Gewalt tatsächlich als Gegner wahrnehmen, erscheint dies mehr als nur besorgniserregend.

11. Aufhebung von Strafnormen

Erklärtes Ziel des Revisionsvorhabens ist weiter, einzelne Strafnormen aufzuheben. Dies wird einerseits mit geänderten Wert- und Moralvorstellungen der Gesellschaft begründet, andererseits auch mit den Strafurteilsstatistiken. Weiter gebe es Strafbestimmungen, die überflüssige Präzisierungen enthielten oder sich mit anderen Strafnormen überschneiden. Die Streichung solcher obsoleter, überflüssiger Strafnormen habe aber nicht immer Straffreiheit zur Folge, sondern zuweilen auch, dass neu ganz oder teilweise andere Bestimmungen zur Anwendung gelangten.⁷⁵

Aufgehoben werden sollen insbesondere Strafnormen, die kaum zu Verurteilungen geführt haben. Sie seien deshalb obsolet. Aus dem StGB handelt es sich um folgende Artikel: Art. 116 (Kindstötung), 213 (Inzest), 275^{bis} (Staatsgefährliche Propaganda), 275^{ter} (Rechtswidrige Vereinigung), 276 (Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten), 277 (Fälschung von Aufgeboten oder Weisungen), 278 (Störung des Militärdienstes), 325^{bis} (Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen), 326^{bis} (Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelunternehmen; Ziff. 2. Im Falle von Artikel 325^{bis}), 328 (Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht), 329 (Verletzung militärischer Geheimnisse), 330 (Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material) und 331 (Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform). Immerhin rund 10% aller Bestimmungen des Besonderen Teiles.

Nun ist das Argument, es gäbe nur wenige Urteile (die Grenze scheint bei einem jährlichen Mittelwert von vier oder weniger Urteilen zu liegen), ein sehr merkwürdiges. Die Anzahl der Verurteilungen kann nicht ausschlaggebend für den Bestand einer Bestimmung sein, ansonsten müsste man noch ganz andere Strafnormen eliminieren. Folgende Tabelle zeigt **alle Straftatbestände des StGB, die im Mittel weniger als vier Verurteilungen pro Jahr verzeichnen. Hervorgehoben sind sie zur Aufhebung vorgesehenen Bestimmungen:**

Straftatbestände mit durchschnittlich 4 oder weniger Urteilen / Jahr Strafurteile 1984-2009.

Artikel	Bezeichnung	Urteile	Durchschnitt
262	Störung des Totenfriedens	116	4
179^{ter}	Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen	111	4
231	Verbreiten menschlicher Krankheiten	104	4
260^{ter}	Kriminelle Organisation (in Kraft: 01.08.1994)	62	4
213	Inzest	97	4

⁷⁴ Bericht, S. 17f.

⁷⁵ Vgl. Bericht, S. 7.

179 ^{sexies}	Inverkehrbringen und Anpreisen von Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräten	95	4
226	Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen	89	3
314	Ungetreue Amtsführung	87	3
261	Störung der Glaubens- und Kulturfreiheit	86	3
230	Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen	82	3
215	Mehrfache Ehe	81	3
152	Unwahre Angaben über kaufmännische Geschäfte	40	3
182	Menschenhandel (in Kraft: 01.12.2006)	80	3
321	Verletzung des Berufsgeheimnisses	76	3
127	Aussetzung	76	3
162	Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses	72	3
153	Unwahre Angaben gegen Handelsregisterbehörden (in Kraft: 1.1.1995)	40	2.67
179 ^{bis}	Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche	64	2
305 ^{ter}	Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (in Kraft: 01.08.1990)	49	2
243	Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht	63	2
151	Arglistige Vermögensschädigung (in Kraft: 1.1.1995)	33	2
259	Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit	50	2
322 ^{quater}	Sich bestechen lassen (in Kraft: 01.05.2000)	16	2
227	Verursachung einer Ueberschwemmung oder eines Einsturzes	41	2
278	Störung des Militärdienstes	37	1.42
228	Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen	36	1.38
246	Fälschung amtlicher Zeichen	36	1.38
170	Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages	32	1.23
318	Falsches ärztliches Zeugnis	30	1.15
271	Verbotene Handlungen für einen fremden Staat	29	1.12
273	Wirtschaftlicher Nachrichtendienst	28	1.08
322 ^{sexies}	Vorteilsannahme (in Kraft: 01.05.2000)	10	1
272	Politischer Nachrichtendienst	21	0.81
175	Üble Nachrede oder Verleumdung gegen einen Verstorbenen oder einen verschollen Erklärten	17	0.65
260 ^{quater}	Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen (in Kraft: 01.01.1999)	7	0.64
161	Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen (in Kraft: 1.7.1988)	14	0.64
256	Grenzverrückung	16	0.62
114	Tötung auf Verlangen	16	0.62
179 ^{novies}	Unbefugtes Beschaffen von Personendaten (in Kraft: 01.07.1993)	10	0.59
116	Kindstötung	13	0.50
301	Nachrichtendienst gegen fremde Staaten	10	0.38
241	Geldverfälschung	9	0.35
313	Gebührenüberforderung	9	0.35
168	Bestechung bei Zwangsvollstreckung	7	0.27
115	Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord	6	0.23
281	Wahlbestechung	6	0.23
283	Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses	6	0.23
247	Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten	6	0.23
322 ^{quinquies}	Vorteilsgewährung (in Kraft: 01.05.2000)	2	0.2
322 ^{septies}	Bestechung fremder Amtsträger (in Kraft: 01.05.2000)	2	0.2
268	Verrückung staatlicher Grenzzeichen	5	0.19
270	Tätliche Angriffe auf schweizerische Hoheitszeichen	5	0.19
277	Fälschung von Aufgebots- oder Weisungen	5	0.19
232	Verbreiten von Tierseuchen	4	0.15
257	Beseitigung von Vermessungs- und Wasserstandszeichen	4	0.15
274	Militärischer Nachrichtendienst	4	0.15

269	Verletzung schweizerischer Gebietshoheit	3	0.12
233	Verbreiten von Schädlingen	2	0.08
298	Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen	2	0.08
276	Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten	1	0.04
296	Beleidigung eines fremden Staates	1	0.04
235	Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter	1	0.04
248	Fälschung von Mass und Gewicht	1	0.04
275	Angriffe auf die verfassungsmässige Ordnung	1	0.04
161 ^{bis}	Kursmanipulation (in Kraft: 1.2.1997)	0	0
192 (193 aStGB)	Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfinglingen, Gefangenen	0	0
226 ^{bis}	Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen (in Kraft: 01.02.2005)	0	0
226 ^{ter}	Strafbare Vorbereitungshandlungen (in Kraft: 01.02.2005)	0	0
236	Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Futter	0	0
249	Einziehung	0	0
250	Geld und Wertzeichen des Auslandes	0	0
255	Urkunden des Auslandes	0	0
260 ^{quinquies}	Finanzierung des Terrorismus (in Kraft: 01.10.2003)	0	0
264	Völkermord (in Kraft: 15.12.2000)	0	0
265	Hochverrat	0	0
266	Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft	0	0
266 ^{bis}	Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen	0	0
267	Diplomatischer Landesverrat	0	0
275 ^{bis}	Staatsgefährliche Propaganda	0	0
275 ^{ter}	Rechtswidrige Vereinigung	0	0
282 ^{bis}	Stimmenfang	0	0
294	Übertretung eines Berufsverbotes	0	0
297	Beleidigung zwischenstaatlicher Organisationen	0	0
299	Verletzung fremder Gebietshoheit	0	0
300	Feindseligkeiten gegen einen Kriegführenden oder fremde Truppen	0	0
321 ^{bis}	Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung (in Kraft: 01.07.1993)	0	0
325 ^{bis}	Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen	n/a	n/a
326 ^{bis}	Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelfirmen 2. Im Falle von Art. 325 ^{bis}	n/a	n/a
328	Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht	n/a	n/a
329	Verletzung militärischer Geheimnisse	n/a	n/a
330	Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material	n/a	n/a
331	Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform	n/a	n/a

Wie diese Tabelle eindrücklich zeigt, kann die Anzahl von Strafurteilen für die Entscheidung zu ihrer Aufhebung nicht entscheidend gewesen sein.

Selbstverständlich ändert sich der Kreis der mit Strafe bedrohten Verhaltensweisen fortwährend, ebenso wie die soziale Ordnung. Auch bleibt immer ein Spielraum, was als Straftatbestand ins das Gesetz aufgenommen werden soll. Es besteht aber ein Begründungszwang: Dargelegt werden muss, dass und weshalb es notwendig ist, eine bestimmte Handlung oder Unterlassung unter Strafe zu stellen.⁷⁶ Umgekehrt muss auch begründet werden, weshalb eine Strafnorm wieder aufgehoben wird, während andere belassen werden.

⁷⁶ STRATENWERTH (Fn. 58), § 3 N 1.

Es geht also um die Frage des materialen Verbrechensbegriffs. Ein formaler Begriff hilft hier nicht weiter, denn er beschränkt sich auf die Aussage, dass ein Verbrechen ist, was im Gesetz als solches definiert wird. Bis heute ist nicht gelungen, eine eindeutige und theoretisch befriedigende Lösung zu finden. In der Regel wird man sich – wie vorliegend in den einleitenden Ausführungen zum Bericht⁷⁷ – auf die Rechtsgutstheorien berufen, deren Schwierigkeiten bereits angesprochen wurden. Wie auch immer man einen materialen Verbrechensbegriff fassen will, immer geht es um die Frage, inwieweit ein bestimmtes Interesse eine strafrechtliche Reaktion bei Verletzung oder Gefährdung verdient. Wenn Strafnormen überprüft werden, muss untersucht werden, ob ein so geartetes Interesse als bestehend erachtet wird. Wenn nicht, muss die Bestimmung aufgehoben werden. Ist man umgekehrt der – im genannten Sinne rational begründeten und auf aner kennenswerten Überlegungen⁷⁸ beruhenden – Ansicht, dass das verpönte Verhalten inskünftig nicht ohne strafrechtliche Reaktion⁷⁹ hingenommen werden soll, dann ist die Norm aufrechtzuerhalten. Solches könnte man beispielsweise beim Inzest tun in der Meinung, dass einen nicht zu kümmern brauche, was einvernehmlich und freiwillig geschieht. Auch wenn allfällige biologische oder familienpsychologische Bedenken damit nicht ausgeräumt wären. Ob aber die Gründung einer Vereinigung akzeptabel erscheint, die bezweckt die verfassungsmässige Ordnung zu gefährden (vgl. den aufzuhebenden Art. 275^{ter} StGB), darf zumindest in Zweifel gezogen werden.

Was veränderte Moralvorstellungen betrifft, so sucht man in den Ausführungen zu den einzelnen aufzuhebenden Strafnormen des Berichts weitestgehend vergeblich. Fündig wird z.B. man bei Art. 306 (Falsche Beweisaussage der Partei) und Art. 307 (Falsches Zeugnis, falsches Gutachten, Falsche Übersetzung), jeweils in der Variante „mit einem Eid oder einem Handgelübde“ (was sich strafscharfend auswirkt). Dies sei nicht mehr zeitgemäss und komme auch in der neuen ZPO nicht mehr vor.⁸⁰ Das aber ist wiederum weit entfernt von einer systematischen Vorgehensweise.

Bei der Kindestötung (Art. 116) könnte allenfalls noch ein Hinweis auf geänderte Moralvorstellungen geortet werden. Ausgerechnet hier aber soll dies paradoxerweise zur Aufhebung einer – dem Bericht nach nicht mehr gerechtfertigten – Privilegierung und der Verdreifachung der oberen Strafgrenze führen! Auch andere Privilegierungen sollen aufgehoben werden: So etwa Bestimmungen, in denen in leichten (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 225 Abs. 2) oder besonders leichten Fällen die Strafe gemildert werden kann (Art. 251 Ziff. 2), die Begehung mit einer privilegierten Strafe bedroht wird (Art. 240 Abs. 2, Art. 241 Abs. 2), oder der Richter von Strafe absehen kann (Art. 171 Abs. 2: Gerichtlicher Nachlassvertrag, oder Art. 304 Ziff. 2: Irreführung der Rechtspflege). Aufgehoben werden weiter Bestimmungen, die eine Straffreiheit vorsehen, wenn das Opfer eines Sexualdeliktes den Täter heiratet (Art. 188 Ziff. 2, 192 Abs. 2, 193 Abs. 2).

Andere Bestimmungen sollen nur deshalb aufgehoben werden, weil sie mit anderen Bestimmungen zusammengeführt werden: Art. 238 (Störung des Eisenbahnverkehrs), Art. 241 (Geldverfälschung), Art. 140 Ziff. 2 (Raub), Art. 222 Abs. 2 (Fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst), Art. 242 Abs. 2 (In Umlaufsetzen falschen Geldes), 244 Abs. 2 (Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes), Art. 247 Abs. 2 (Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten).

⁷⁷ Bericht, S. 6.

⁷⁸ STRATENWERTH (Fn. 58) § 3 N 13 meint dazu klar: „blosse Mehrheitsmeinungen genügen nicht.“

⁷⁹ Wobei die strafrechtliche Reaktion aufgrund ihrer Eingriffsintensität *ultima ratio* sein muss.

⁸⁰ Vgl. Bericht, S. 44.

Art. 150^{bis} (Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote) soll im StGB nur aufgehoben werden, um ins FMG überführt zu werden.

Schliesslich sollen noch Art. 263 (Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit) und Art. 332 (Nichtanzeigen eines Fundes) aufgehoben werden, weil dieser unlogisch ausgestaltet, jener aber mit einem Schuldstrafrecht nicht vereinbar sei.

Insgesamt ergibt sich damit, dass sich hinter dem Titel „Aufhebung“ von (wie ausgeführt immerhin rund 10% aller) Strafnormen (des Besonderen Teiles des STGB) keinesfalls eine Liberalisierung, sondern im Gegenteil in erster Linie eine Verschärfung des Strafrechts verbirgt. Bereits ausgeführt wurde, dass eine derartige Verschärfung kriminalstatistisch nicht zu rechtfertigen ist. Wollte man sie aber werttheoretisch begründen, so wäre doch wirklich mehr zu erwarten als die lapidare Behauptung „geänderter Moralvorstellungen“.

12. *Revision des Sanktionensystems*

Wie der Bericht festhält, schickte der Bundesrat am 30. Juni 2010 eine Vorlage zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB in die Vernehmlassung, um der Kritik am per 2007 totalrevidierten Allgemeinen Teil Rechnung zu tragen.⁸¹ Hier soll nicht auf die Problematik jener Revision eingegangen werden (immerhin wurde 25 Jahre lang revidiert und es wirkt höchst befremdlich, dass innert kürzester Zeit nach Inkrafttreten diese Revision wieder zurückgenommen werden soll, ganz so, als habe man davor nichts davon gewusst). Festzustellen bleibt aber, dass das zunehmende Revisionsstempo höchst problematisch ist, führt es doch dazu, dass ein wichtiges Spezifikum des Rechts unter Druck gerät: Dessen deutlich langsameres Änderungstempo gegenüber der Geschwindigkeit gesellschaftlicher Entwicklungen. Es ist die Langsamkeit der Änderungen, die eine der wesentlichsten Funktionen des Rechts erlaubt, nämlich die Schaffung von Sicherheit.⁸²

Die Revision des Besonderen und diejenige des Allgemeinen Teils des StGB beeinflussen sich gegenseitig. Dies wird auch aus dem Bericht deutlich.⁸³ Es erscheint entsprechend nicht nur problematisch, sondern falsch, die Revisionsvorhaben in zwei separaten Vorlagen vorzulegen, die gleichzeitig in der Schwebe sind. Beide Vorlagen beeinflussen sich gegenseitig, und an beiden wird gleichzeitig „herumgewerkelt“. Das birgt die eminente Gefahr von Widersprüchen, Unstimmigkeiten und Systemwidrigkeiten. So geht die vorliegende Revision zweifelsfrei davon aus, dass in Zukunft wieder kurze Freiheitsstrafen möglich sind, diese Strafen aber nur noch bis zu zwei Jahren (teil-)bedingt ausgesprochen werden können. Das sind gegenwärtig reine Annahmen (und angesichts der strafrechtsdogmatischen Qualität der beiden Vorlagen sollten sie wohl zum grossen Teil auch bleiben).

Es ergibt mithin keinerlei Sinn, die beiden Revisionsvorhaben getrennt durchführen zu wollen. Wenn schon revidiert werden soll, dann systematisch und kohärent.

⁸¹ So wollten Einzelne schon nach weniger als drei Monaten wissen, dass das neue Sanktionensystem nicht funktioniere, vgl. die Parlamentarische Initiative 07.428 „Strafrechtsrevision rückgängig machen bezüglich Strafsystematik“, eingereicht von LUZI STAMM am 23.3.2007

⁸² Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Einleitung zum StGB und zur StPO, in: DERS. (Hrsg.), StGB, StPO: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung und Nebenerlasse, Basel 2009, XI-XXXIV, XVI.

⁸³ Vgl. Bericht, S. 11.

III. Zu den einzelnen Bestimmungen

1. Ad Art. 116 StGB Kindestötung

*Diese Bestimmung soll aufgehoben werden mit der Begründung, dass sich die gesellschaftliche und finanzielle Situation lediger werdender Mütter heute grundlegend anders darstelle und Gründe wie die Ablehnung der Schwangerschaft durch den Erzeuger und/oder die Familie, finanzielle Notlage, berufliche Situation, Scham u.ä. für einen spezifischen Strafmilderungsgrund im Rahmen der Tötungsdelikte zweifelhaft erschienen. Die Tat soll künftig nach den Art. 111-113 StGB geahndet werden.*⁸⁴

Die Strafmilderung in Sachverhalten von Art. 116 StGB erfolgt primär aufgrund der aussergewöhnlichen Situation, in der sich die (nicht zwingend ledige) Mutter während der Geburt bzw. unter Einfluss des Geburtsvorganges befindet. Zudem geht die Lehre davon aus, dass ein Kind bei oder kurz nach der Geburt besonders angreifbar ist, weil es kaum zu menschlichem Leben erwacht ist und eine eigentliche Mutter-Kind-Beziehung noch fehlt.⁸⁵ Beruht der Tatentschluss auf einem der genannten Gründe wie finanzielle Notlage etc., wird dies im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt, muss aber im Einzelfall nicht nachgewiesen werden.⁸⁶ Das bedeutet aber, dass Faktoren wie die finanzielle Situation oder die Akzeptanz der Schwangerschaft durch das soziale Umfeld gestern wie heute grundsätzlich für die Erfüllung des Tatbestandes unerheblich sind.

Dass der Bericht als störend empfindet, dass die Privilegierung auch auf Fälle Anwendung findet, in welchen die Mutter den Vorsatz zur Tatbegehung bereits während der Schwangerschaft fasst, ist zwar verständlich, aber wohl einzig aus der Lektüre der Kommentare zu erklären. Tatsächlich handelt es sich bei den zwei bekannten Urteilen zum subjektiven Tatbestand um Fälle, die von zwei Kantonsgerichten 1943 entschieden wurden, also ein Jahr nach Inkrafttreten. Weder handelt es sich um langjährige Praxis noch sind zahlreiche solcher Fälle bekannt.⁸⁷ Das Bundesgericht hatte seit über 50 Jahren keinen einzigen Fall von Kindestötung zu beurteilen.

Zugegeben sei, dass angesichts der historischen Entwicklung durchaus diskutabel ist, ob die Bestimmung heute noch zeitgerecht sei. Als sich Frauen vielfach noch zweifelhaften „Medizinern“ anvertrauen mussten, deren Praktiken nicht selten zu bleibenden Schäden oder gar dem Tod führten, konnte für eine ungewollt schwangere Frau die Austragung und darauffolgende Tötung des Kindes eine veritable Alternative darstellen. Heute aber, da die Möglichkeit des straflosen Schwangerschaftsabbruches besteht und sich auch die moralischen Wertevorstellungen der Gesellschaft gewandelt haben, kann man sich fragen, inwieweit die Tötung eines Neugeborenen noch privilegierungswürdig ist. Hinzuweisen ist aber darauf, dass diese Veränderungen keineswegs uniform alle Gesellschaftsgruppen erfasst haben, ansonsten gar nicht zu erklären wäre, dass auch heute Kleinkinder immer wieder ausgesetzt oder in sog. Baby-Klappen deponiert werden.

⁸⁴ Bericht S. 13 f.

⁸⁵ GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl. Bern 2010, §1 N 67 f.; BSK StGB²-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2.

⁸⁶ BSK StGB²-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2; STEFAN TRECHSEL ET AL., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 116 N 3.

⁸⁷ Im Mittel gab es in den Jahren 1984-2009 eine Verurteilung wegen Kindestötung pro Jahr (www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzeln.en.html, 24.11.2010).

Rechtsvergleichend sei schliesslich darauf hingewiesen, dass Österreich in § 79 A-StGB eine der unsrigen völlig vergleichbare Regelung kennt (mit einer Höchststrafe von 5 Jahren). Auch Italien kennt die Kindstötung in Art. 578 I-StGB (Freiheitsstrafe von 4 bis 12 Jahre).

Laut Bericht soll bei Streichung von Bestimmungen „die Strafwürdigkeit von heute gesetzlich definiertem Unrecht hinterfragt werden“⁸⁸. Man darf daher wohl davon ausgehen, dass bei aufzuhebenden Bestimmungen die Strafwürdigkeit heute als nicht mehr vorhanden gewertet wird. Der Bericht behält sich aber vor, dass die Streichung „obsoleter oder überflüssiger Strafnormen“ nicht immer zur Folge habe, dass „ein bestimmtes menschliches Verhalten nicht mehr strafbar„ sei, „sondern dass es neu ganz oder teilweise unter eine andere Bestimmung subsumiert werden“ müsse.⁸⁹ Für die Kindestötung nun wird diesbezüglich vorgeschlagen, dass sie künftig nach Art. 111 – 113 geahndet werden soll. Konkret bedeutet dies eine potentielle Strafdrohung zwischen bestenfalls einem Jahr und zehn Jahren Freiheitsstrafe (Art. 113), schlimmstenfalls von 10 Jahren Freiheitsstrafe bis lebenslänglich (Art. 112), d.h. eine Verdreifachung des angedrohten Strafmasses auf einen Streich. Wo hier die Korrelation zwischen dem Wert des geschützten Rechtsguts bzw. dem Unwert des sanktionierten Verhaltens und der angedrohten Strafe zu finden sein⁹⁰ soll, hat sich uns nicht erschlossen.

Hinzu kommt, dass zwar die Grundkonzeption der drei Tatbestände identisch sein mag (Grundtatbestand Art. 111), doch gehen mit der Privilegierung (Art. 113) oder Qualifizierung (Art. 112) zusätzliche bzw. andere Tatbestandsmerkmale einher. Höchst fragwürdig ist eine solche Neuerung daher auch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nach Art. 1. Bereits aus den Ausführungen des Berichts wird das ersichtlich, wonach eine „allfällige Strafmilderung“ allenfalls nach Art. 19 Abs. 2 und Art. 48 erreicht werden könne (Art. 111 und 112) **oder** aber die Tat könne in Anwendung von Art. 113 beurteilt werden. Wie aber konkret der Akt der Kindestötung ausgestaltet sein muss, dass er als Totschlag, vorsätzliche Tötung oder gar als Mord beurteilt wird, geht nicht aus dem Bericht hervor.

Hinzuweisen ist im Übrigen auch darauf, dass der Bericht nach eigenen Angaben die Rechtsunsicherheit reduzieren will, die nach seiner Auffassung im richterlichen Ermessen zu finden ist. Hier nun aber soll Gegenteiliges gelten: Der Strafraumen soll mit Faktor drei nach oben multipliziert werden, unter Hinweis auf die Tatsache, dass die Gerichte ja dann in Einzelfällen immer noch eine Strafmilderung nach Art. 19 vornehmen könnten. Das ist doppelt irreführend. Nicht nur die Anwendung der verminderten Schuldfähigkeit, sondern selbst der Verzicht darauf und die Ausfällung von Urteilen am unteren Strafraumen, würden die Gerichte doch wieder in die Schusslinie der Politik und offenbar auch der Exekutive bringen. Gerade vor dem Hintergrund der Grundannahmen des Berichts erscheint der Vorschlag, die Kindestötung über Art. 111 ff. erfassen zu wollen, höchst irreführend.

Weiter muss aus Konsistenzgründen auch auf die Ausführungen zur Aufhebung (und vollständigen Straffreiheit) von Art. 213 hingewiesen werden. Der Kindestötung nämlich kommt gestützt auf die Urteilsstatistiken des BFS nur marginale Bedeutung zu.⁹¹ In den Jahren 1984 bis 2009 wurden im Mittel 0.5 Urteile pro Jahr aufgrund dieser Bestimmung gefällt, d.h. insgesamt 13 Urteile, wovon alleine 6 auf den

⁸⁸ Bericht, S. 7.

⁸⁹ Bericht, S. 7 unten.

⁹⁰ Bericht, S. 6 Mitte.

⁹¹ Vgl. zur Verwendung von Statistiken im Bericht vorn S. 12 f.

Zeitraum zwischen 1984 und 1986 fallen.⁹² Folgte man der Argumentation des Berichts bei anderen Delikten, so wäre doch die Mindesttötung vielleicht aufzuheben, dann aber straffrei zu stellen. Selbst der Bericht dürfte dies wohl kaum vorschlagen wollen.

Die Aufhebung von Art. 116 wird daher abgelehnt.

2. *Ad Art. 117 StGB Fahrlässige Tötung*

Die obere Grenze des Strafrahmens soll von drei auf fünf Jahre erhöht werden, womit sich die praktische Tragweite der Unterscheidung zwischen fahrlässiger und eventualvorsätzlicher Tötung relativieren lasse und zugleich das Bedürfnis der Bevölkerung befriedigt werde, rücksichtslose Verkehrsteilnehmer, die tödliche Unfälle verursachen, strenger zu bestrafen. Darüber hinaus könnten Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung des Eventualvorsatzes vermieden werden.⁹³

Vorweg sei bemerkt, dass die Ausführungen zum Strafbedürfnis der Bevölkerung nicht anderes als Behauptungen darstellen. Tatsächlich fordern v.a. die Medien solche Veränderungen. Die wissenschaftliche Forschung zu den Strafeinstellungen der Bevölkerung zeigt Gegenteiliges.⁹⁴

Stellt man nun die praktische Tragweite und damit die Strafe in den Vordergrund, so ist die Begründung des Berichts zweifelsfrei eine Abkehr vom Schuldprinzip hin zum Erfolgsstrafrecht. Letztlich kommt es danach nämlich nicht darauf an, ob der Täter tatsächlich mit Vorsatz gehandelt hat oder nicht, solange seine Handlung noch unter Art. 117 subsumiert werden kann. In die gleiche Richtung weist auch der Hinweis auf die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung des Eventualvorsatzes. Angesichts des Bestimmtheitsgebotes stellt sich aber doch die Frage, ob es bei derartigen Regeln dem Bürger überhaupt noch möglich ist, sein Verhalten nach der Strafbestimmung zu richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen zu können⁹⁵. U.E. besteht nämlich sehr wohl ein Unterschied,

- ob der Tod eines Menschen mit Wissen und Willen (Art. 12 Abs. 2 1. Satz; direkter Vorsatz⁹⁶) herbeiführt wird oder
- er für möglich gehalten und in Kauf genommen wird (Art. 12 Abs. 2 2. Satz; Eventualvorsatz⁹⁷), oder
- ob im Gegensatz hierzu der Täter zwar bei pflichtgemässer Vorsicht die Folge seines Verhaltens hätte abschätzen können, dies aber nicht tut (unbewusste Fahrlässigkeit⁹⁸) oder
- der Täter davon ausgeht, dass sie sich nicht erfüllen wird (bewusste Fahrlässigkeit⁹⁹).

⁹² Vgl. Statistiken des BFS.

⁹³ Bericht, S. 14 f.

⁹⁴ Vgl. vorn S. 8 f. m.N.

⁹⁵ Statt vieler: BGer vom 21. Juli 2008, 6B_385/2008 E. 3.2.

⁹⁶ BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 38 ff.

⁹⁷ BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 43 ff.; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 12 N 12.

⁹⁸ BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 67.

Gerade weil die vorsätzliche Tötung einen eigenständigen Straftatbestand darstellt (der zur Fahrlässigen Tötung nicht Grundtatbestand ist), muss auch der Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit strikte beachtet werden. Solches soll denn auch laut Bericht durchaus gemäss den allgemeinen Grundsätzen umgesetzt werden.¹⁰⁰ Wenn aber die Entscheidung Vorsatz/Fahrlässigkeit jedenfalls getroffen werden muss, dann können (und sollen) die Strafmasse eben auch divergieren, auf dass sich die Gerichte entscheiden. Argumentiert werden kann gerade nicht, anders als es der Bericht unterstellt, vom Strafmass her (also etwa: X Jahre wären angemessen, also muss es Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit sein).

Das angeführte Strafbedürfnis der Bevölkerung ist dabei keine Hilfe, selbst wenn es denn bestünde und bekannt wäre. Zuständig für die Strafzumessung sind die Gerichte, das Volk gegebenenfalls für deren Wahl. Wie die wissenschaftlichen Untersuchungen zeigen, urteilen die Gerichte tendenziell strenger als die Bevölkerung, obwohl die Medien Gegenteiliges behaupten. Ebenso wenig können Beweisschwierigkeiten zur Legitimation von Straferhöhungen dienen, zumal der Untersuchungsgrundsatz dadurch aufgeweicht würde: Es ist Sache des Staates, dem Angeklagten seine Taten nachzuweisen¹⁰¹. Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so hat das Gericht von der für den Angeklagten günstigeren Sachlage auszugehen (in dubio pro reo).¹⁰²

Schliesslich sei **rechtsvergleichend** festgehalten, dass Deutschland die fahrlässige Tötung mit maximal 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht (§ 222 D-StGB), Österreich mit höchstens einem Jahr Freiheitsentzug (§ 80 A-StGB) bzw. 3 Jahren bei besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 81 A-StGB), Frankreich mit Freiheitsstrafe bis 3 Jahre (221-6 F-StGB), die nur bei speziellen Sicherheitsvorschriften auf 5 Jahre erhöht werden kann, Italien mit einer Freiheitsstrafe bis 5 Jahre (Art. 589 I-StGB).

Die Änderung von Art. 117 wird daher abgelehnt.

3. *Ad Art. 122 Schwere Körperverletzung*

Eine merkliche Zunahme der Verurteilungen wird angeführt und darauf hingewiesen, dass schwere Körperverletzungen nicht nur im Rahmen persönlicher Beziehungen verübt würden, sondern auch im öffentlichen Raum. Das Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung werde durch die Berichterstattung beeinträchtigt, weshalb aus kriminalpolitischen Gründen eine Erhöhung der Mindeststrafe als angebracht erachtet werde. Zudem sei zu bedenken, dass aufgrund des medizinischen Fortschritts einer schweren Körperverletzung heutzutage ein höherer Unrechtsgehalt innewohne, was die Erhöhung der Mindeststrafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe auf Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren rechtfertige und deren Formulierung gewährleisten werde, dass keine bedingten oder teilbedingten Freiheitsstrafen mehr ausgesprochen werden könnten.

Die statistische Zunahme von Verurteilungen kann vielerlei Ursachen haben, d.h. sie bedeutet nicht zwingend mehr Gesetzesverstösse, sondern kann bspw. auch auf erhöhte Effizienz oder eine höhere Aufklärungsrate der Behörden zurückzuführen sein. Um eine gesetzliche Mindeststrafe einzuführen, vermag dieses Argument daher nicht zu überzeugen. Dies umso weniger, als der Bericht selbst erklärt, dass Mindeststrafen zu vermeiden seien, weil sie das Ermessen des Gerichts einschränken und zu

⁹⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 3; BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 67; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 12 N 23 ff.

¹⁰⁰ Bericht, S. 7, wobei allerdings unklar bleibt, ab wann der Unterschied „unangemessen“ ist.

¹⁰¹ Art. 6 StPO.

¹⁰² Art. 10 Abs. 3 StPO; Art. 32 BV; Art. 6 Abs. 2 EMRK.

ungerechten Ergebnissen führen könnten.¹⁰³ Auch die Einschränkung, dass Mindeststrafen ausnahmsweise festgelegt werden könnten, wenn sie „nachvollziehbar und sinnvoll“¹⁰⁴ seien, vermag im Zusammenhang mit den bei der schweren Körperverletzung vorgebrachten Argumenten nicht zu überzeugen. Weder die das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung beeinträchtigende Berichterstattung noch das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung selbst sind messbare Werte, um eine solche Verschärfung zu rechtfertigen.

Die Unterteilung in die drei „Schweregrade“ Tätlichkeit (Art. 126), einfache (Art. 123) und schwere Körperverletzung (Art. 122) ist als abstraktes Konzept zu verstehen, das grundsätzlich unabhängig vom medizinischen Fortschritt Bestand hat, weil einerseits eine gewisse minimale Beeinträchtigung der körperlichen oder gesundheitlichen Integrität verlangt wird, andererseits aber auch ein wesentliches Abgrenzungskriterium ist, ob und in welchem Mass dem Opfer Schmerz zugefügt wird.¹⁰⁵ Die Begründung über die Fortschritte der Medizin bezieht sich wohl insbesondere auf die bleibenden Nachteile, wie sie in Art. 122 Abs. 2 aufgeführt sind. Als verstümmelt oder unbrauchbar gilt ein Glied oder Organ, wenn es verloren oder in seinen Grundfunktionen dauernd und erheblich gestört ist.¹⁰⁶ Als in Abs. 2 aufgezählte bleibende Nachteile sind dauernde und irreversible Beeinträchtigungen der Gesundheit zu qualifizieren.¹⁰⁷ Bei der Entstellung des Gesichts ist nicht massgeblich, ob eine Wunde gut verheilt, sondern ob die Narbe weiterhin deutlich sichtbar ist und das Opfer mimisch beeinträchtigt.¹⁰⁸ Der Bericht unterstellt nun, dass nur bleibende Schädigungen der Gesundheit zu einer Verurteilung nach Art. 122 führen, dass mithin die Situation *nach* einer allfälligen medizinischen Behandlung ausschlaggebend für die Qualifikation sei. Das ist unzutreffend. Zwar stimmt, dass eine schwere Körperverletzung heute „schwerer“ sein muss, damit sie bleibende Schäden bewirkt, weil der medizinische Fortschritt in erhöhtem Masse Schädigungen durch Körperverletzungen beherrschbar macht. Art. 122 erfasst indes nicht nur bleibende Schäden, sondern eben auch diesen vergleichbar schwere Fälle (also z.B. mehrfache, schwere Operationen etc.). Hier spielt der medizinische Fortschritt überhaupt keine Rolle für die Qualifikation, weil das Resultat dieser Eingriffe nicht massgeblich ist für die Qualifikation. All diese Fälle bleiben von evtl. Fortschritten gänzlich unberührt. Hier begründet die Gesetzesänderung eine völlig haltlose Strafschärfung und führt zu den auch im Bericht beschriebenen ungerechten Ergebnissen¹⁰⁹.

Zu beachten ist weiter, dass in krassen Fällen der Körperverletzung allenfalls die Tötungsdelikte gemäss Art. 111 ff. zum Tragen kommen, weil in diesen Fällen aufgrund der stetigen Erweiterung des Eventualvorsatzes durch die Bundesgerichtspraxis eine versuchte eventualvorsätzliche Tötung immer in Frage steht.

Die Berufung auf die Statistiken des BFS – interessanterweise nur von 1984-2005, obschon sie bis 2009 vorliegen und zwischen 2006 und 2007 sowie 2008 und 2009 ein markanter Rückgang der Urteile zu Art. 122 zu verzeichnen war – vermag auch hier nicht zu überzeugen.¹¹⁰ Und schliesslich bleibt der Bericht die Antwort auf die Frage,

¹⁰³ Bericht, S. 6 ff.

¹⁰⁴ Bericht, S. 6.

¹⁰⁵ BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Vor Art. 122 N 15-17.

¹⁰⁶ BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 14.

¹⁰⁷ BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 15

¹⁰⁸ BGE 115 IV 17 E. 1; BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 17.

¹⁰⁹ Bericht, S. 6.

¹¹⁰ Vgl. Ausführungen S. 12.

wann die Mindeststrafe in einer „vernünftigen Relation“ zur jeweiligen Höchststrafe steht, leider ebenfalls schuldig.¹¹¹

Rechtsvergleichend ist zu vermerken, dass Deutschland die Körperverletzung mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bedroht (§ 223 D-StGB), Österreich mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (§ 84 A-StGB), Frankreich mit 10 Jahren Freiheitsentzug (Art. 222-9 F-StGB). Italien bedroht die Körperverletzung mit max. 3 Jahren Freiheitsentzug (Art. 582 I-StGB), in schweren Fällen kann diese Strafe auf max. 7 Jahre erhöht werden (Art. 583 I-StGB).

Die Änderung von Art. 122 wird daher abgelehnt.

4. Ad Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 Einfache Körperverletzung

*Aufgrund der praktischen Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen einer Tätlichkeit und einer einfachen Körperverletzung, insbesondere den leichten Fällen der einfachen Körperverletzung soll diese Variante gestrichen werden. Sofern eine einfache Körperverletzung an der Grenze zur Tätlichkeit vorliegen würde, könne dies bei der allgemeinen Strafzumessung berücksichtigt werden.*¹¹²

Mit der Variante der leichten einfachen Körperverletzung kann der Richter gemäss Art. 48a Abs. 2 auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, d.h. auch die Ausfällung einer Busse fällt in Betracht, was bei Streichung dieser Variante entfielen. Da keine Mindeststrafe für die einfache Körperverletzung vorgesehen ist, bleibt es – ohne die Frage des bedingten Strafvollzuges hinzuzunehmen – letztlich eine theoretische Diskussion, ob eine Busse oder eine geringe Geldstrafe die mildere Strafe darstellt. Massgeblichste Frage bleibt damit, ob ein bedingter Strafvollzug möglich ist. Gerade diese Frage indes zeigt an, was vorstehend moniert wurde, dass die Änderung im Besonderen Teil nicht ohne Bezug zu den Änderungen im Sanktionenrecht überhaupt diskutiert werden können.¹¹³

Richtig ist, dass der Straftatbestand unabhängig von der Strafmilderung ein Vergehen bleibt und damit verbundene Konsequenzen wie Strafregistereintrag u.Ä. sich vor wie nach einer Streichung von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 gleich gestalten.

Aufs Deutlichste abzulehnen ist die Begründung, die hinter dieser – und ähnlichen – Änderungen steht, namentlich die scheinbaren praktischen Schwierigkeiten der Abgrenzung und – noch schlimmer – die „Erhöhung der Rechtssicherheit“ mittels Einschränkung des Ermessens des Gerichts. Zu bemerken ist immerhin, dass man über Jahre und Jahrzehnte gut mit der Regelung hat leben können. Die gegenwärtige Änderung erscheint entsprechend überhaupt nicht in praktischen Schwierigkeiten begründet, sondern ausschliesslich im Bestreben der Strafverschärfungen. Soll eine Strafschärfung angestrebt werden (denn dies geschieht hier mit der Streichung einer Privilegierung), so sollte wenigstens so viel Ehrlichkeit aufgebracht werden, dass dieses Motiv auch deklariert wird.

Die Aufhebung dieser Bestimmung wird abgelehnt.

5. Ad Art. 125 Abs. 2 Fahrlässige schwere Körperverletzung

Die Maximalstrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden. Die Pflege eines schwer verletzten Opfers könne für Angehörige ebenso belastend sein wie der Verlust eines

¹¹¹ Bericht, S. 7.

¹¹² Bericht, S. 15.

¹¹³ Vgl. Ausführungen S. 12

Familienmitgliedes und die Schwere des Erfolgs sei oft nur vom Zufall abhängig, wenn gleich eingeräumt wird, dass der Erfolg einer fahrlässigen schweren Körperverletzung weniger gravierend sei als bei der fahrlässigen Tötung.¹¹⁴

Richtig an dieser Begründung ist, dass häufig nur Zufall über Leben oder Tod entscheidet, d.h. ob die Tathandlung „nur“ eine Körperverletzung oder gar den (fahrlässig herbeigeführten) Tod zur Folge hat. Nur ist dies eben nicht Ansatzpunkt für die Strafe. Vielmehr soll das die Schuld des Täters sein, und die ist gerade alles andere als zufällig. Konnte der Täter den Zufall voraussehen, d.h. konnte er die Möglichkeit des Eintritts einer (allenfalls zwar noch so unwahrscheinlichen) bestimmten Situation voraussehen, ist auf der Ebene des Verschuldens möglicherweise bewusste Fahrlässigkeit oder gar Eventualvorsatz gegeben. Diese Unterscheidung ist zentral, weil sie die vorsätzliche von der fahrlässigen Tatbegehung unterscheidet und dies auch in der Strafdrohung zum Ausdruck kommen sollte.

Eine Verschärfung der Strafdrohung mit allfälligen belastenden Momenten für Angehörige eines Opfers zu begründen, entspricht in keiner Weise dem Schuldprinzip, sondern zeigt deutlich die Tendenz des Berichts, erfolgsorientiert zu argumentieren. Entscheidend für die Strafbarkeit sind aber die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale, wie sie im Gesetz formuliert sind und nicht mögliche Konsequenzen, die sich daraus ergeben.

Will man den Erfolgsunwert gegenüber den Handlungsunwert stärker gewichten, so besteht die korrekte Lösung nicht darin, das Strafmass fahrlässiger Handlungen gesamthaft zu erhöhen (denn gerade dies öffnet ja das Ermessen des Gerichtes weiter, statt es zu strukturieren), sondern darin, eine erfolgsqualifizierte Tatvariante zu schaffen.

Die Argumentation des Berichts trägt weiter einen Widerspruch in sich: Zunächst wird festgestellt, bei (fahrlässiger) schwerer Körperverletzung seien die Folgen regelmässig weniger gravierend als beim Tod (!). Dem kann man ja zustimmen. Umso weniger versteht man dann aber, wenn dennoch die Strafraumen für beide fahrlässigen Straftaten identisch sein sollen.

Schliesslich sei auf die **Rechtsvergleiche** verwiesen, aus der die Einmaligkeit des Vorhabens deutlich wird. Die fahrlässige Körperverletzung wird in Deutschland mit maximal 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht (§ 229 D-StGB), in Österreich mit Freiheitsstrafe von maximal 2 Jahren (§ 88 Abs. 4 A-StGB), in Frankreich mit maximal 3 Jahren Freiheitsentzug (Art. 222-19 Abs. 2 F-StGB). In Italien wird eine Freiheitsstrafe bis 3 Monate angedroht, bei schweren und schwersten Fällen bis 2 Jahre (Art. 590 I-StGB). In den meisten dieser Regelungen sind dies die absoluten Höchststrafen, wenn spezielle Verpflichtungen verletzt wurden etc., während die Höchststrafen für „normale“ fahrlässige schwere Körperverletzung deutlich darunter liegen. Die Erhöhung des Strafmasses auf 5 Jahre ist mithin **im Vergleich zum umliegenden Ausland völlig aussergewöhnlich** und müsste wohl besonders (und gänzlich anders als geschehen) begründet werden.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

¹¹⁴ Bericht, S. 15.

6. *Ad Art. 128^{bis} Falscher Alarm*

*Die Maximalstrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe soll auf ein Jahr reduziert werden, weil dies genüge und die angedrohte Höchststrafe im Verhältnis zu den teilweise schwerer wiegenden Tatbeständen des Art. 128 zu hoch sei.*¹¹⁵

Der Vorschlag erscheint gerechtfertigt im Hinblick auf Subsidiarität bei tatsächlicher Behinderung der Nothilfe.

7. *Ad Art. 129 Gefährdung des Lebens*

Als Rechtfertigung für die Einführung einer Mindeststrafe bei Art. 129 dient die Vorgabe von Art. 122 (Mindeststrafe von mehr als zwei Jahren Freiheitsstrafe), wobei sechs Monate als genügend erachtet werden, weil es sich um ein Gefährdungsdelikt handle.

Konsistent mit den Ausführungen zu Art. 122 erscheint eine Anpassung von Art. 129 unangebracht. Offen bleibt auch, in welchem Zusammenhang eine allfällige Erhöhung der Mindeststrafe von Art. 122 mit der Einführung einer Mindeststrafe bei Art. 129 stehen sollte. Das erscheint umso weniger klar, als Art. 129 grundsätzlich als Auffangtatbestand insbesondere für Fälle dient, bei denen sich der Tötungsvorsatz nicht nachweisen lässt.¹¹⁶

Die Änderung der Bestimmung wird deshalb abgelehnt.

8. *Ad Art. 133 Abs. 1 Raufhandel*

Die Strafdrohung von Art. 133 Abs. 1 soll derjenigen von Art. 134 angeglichen werden, weil einerseits die niedrigere Höchststrafe als unreflektiertes Bedürfnis nach Generalprävention durch die Lehre kritisiert wird, andererseits das Nebeneinander von Art. 133 und 134 zu heiklen Abgrenzungsfragen führe, wenn mehrere angegriffene Personen teils tätlich würden, teils passiv blieben.

Einerseits ist es nicht „die“ Lehre, welche die unterschiedlichen Strafandrohungen von Art. 133 und 134 StGB kritisiert hat, sondern STRATENWERTH/JENNY¹¹⁷. Allerdings wird diesen Autoren – man muss fürchten bewusst – das Wort im Munde verdreht, wenn sie herangezogen werden, um eine Erhöhung des Strafrahmens von Art. 133 StGB zu rechtfertigen: Das unreflektierte Bedürfnis nach Generalprävention führte eben gerade dazu, dass bei Art. 134 StGB eine höhere Maximalstrafe gewählt wurde, und *das* wird kritisiert. Hinzu kommt, dass in der aktuellen Auflage des im Bericht nur in zweitneuester Auflage zitierten Lehrbuchs just diese Stelle differenziert wird. So heisst es: „Ein gegenüber dem Raufhandel gravierenderes Unrecht lässt sich höchstens darin sehen, dass die Tat gegen eine Person verübt wird, die sich nicht wehrt. Noch dann bleibt freilich zu fragen, ob sich diesem Umstand nicht auch innerhalb des für den Raufhandel geltenden Strafrahmens angemessen Rechnung tragen liesse.“¹¹⁸ Nicht auf Kritik stösst der unterschiedliche Strafrahmen bspw. bei SCHULTZ¹¹⁹ oder bei TRECHSEL, die darauf hinweisen, dass auf Täterseite z.B. an Rockerbanden, auf Opferseite bspw. an Asylbewerber oder andere Ausländer gedacht wurde.¹²⁰

¹¹⁵ Bericht, S. 16.

¹¹⁶ BSK StGB²-AEBERSOLD, Art. 129 N 1.

¹¹⁷ GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 4 N 43.

¹¹⁸ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 85), § 4 N 42.

¹¹⁹ HANS SCHULTZ, Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989, ZStrR 108 (1991), 395-416, 410f.

¹²⁰ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 134 N 1ff.

Mit dem Hinweis auf die Lehre lässt sich eine Straferhöhung bei Art. 133 StGB also in keiner Weise begründen. Entweder kann die unterschiedliche Strafandrohung akzeptiert werden, wie bei einem Teil der Lehre, oder aber die Strafandrohung von Art. 134 StGB muss auf das Niveau von Art. 133 StGB gesenkt werden. Alles andere repräsentierte eben gerade das von STRATENWERTH/JENNY angesprochene unreflektierte Bedürfnis nach Generalprävention bzw. den schlichten Wunsch nach mehr Strafe.

Nur am Rande sei angemerkt, dass sich die erwähnte Abgrenzungsproblematik bei einer Reduktion des Strafrahmens von Art. 134 genau so gut oder schlecht realisieren liesse wie bei der vorgeschlagenen Verschärfung. Strafreduktionen aber scheinen nicht en vogue zu sein.

Die Änderung der Bestimmung wird deshalb abgelehnt.

9. Ad Art. 135 Gewaltdarstellungen

Hier wird lediglich auf die Bemerkungen zu Art. 197 verwiesen. Das bedeutet:

Wohl wichtigste Neuerung ist die Einführung der Strafbarkeit des Konsums. Im Zuge der Umsetzung einer lückenlosen Strafbarkeit des Konsums, insbesondere des besitzlosen Konsums, werde die klare Trennung zwischen Konsumhandlungen einerseits und Herstellungs- bzw. Verbreitungshandlungen andererseits wiederhergestellt, womit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts begegnet werde. Alle Tathandlungen sollten künftig gleich behandelt werden, nur der Eigenkonsum werde privilegiert.

Zusätzlich sollen die Strafrahmen bei tatsächlicher Darstellung von Kinderpornografie auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe erhöht werden. Die Idee, die Geldstrafe ähnliche wie bei den Sexualdelikten zu streichen, sei verworfen worden, weil nicht der Missbrauch selbst, sondern dessen Darstellung unter Strafe gestellt werde und daher ein qualitativer Unterschied hinsichtlich Strafwürdigkeit zwischen dem eigentlichen körperlichen resp. sexuellen Missbrauch und dessen bildlicher Darstellung. Wer für die Herstellung tatsächlich jemanden missbraucht, würde nach den entsprechenden Strafbestimmungen (Art. 122, 189, 190) bestraft.

Abs. 1 soll dahingehend geändert werden, dass eine höhere Strafandrohung gelten soll, wenn tatsächliche Gewalttätigkeiten mit Kindern zur Diskussion stünden. Zudem werden die Tatbehandlungsvarianten in Abs. 1^{bis} in Abs. 1 zusammengefasst und entsprechend die Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bzw. bei tatsächlicher Gewalttätigkeit mit Kindern fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht.

In Abs. 2 der Bestimmung soll neu der Konsum von Gewaltdarstellungen sowie die Begehung einer Tathandlung nach Abs. 1 zum eigenen Konsum unter Strafe gestellt werden.

Mit Abs. 3 soll die Tatbegehung mit Bereicherungsabsicht (ehemals Gewinnsucht) bestraft werden, ebenfalls mit der höheren Strafandrohung bei tatsächlicher Gewalttätigkeit mit Kindern, wobei gemäss neuem Abs. 4 mit einer solchen Straftat die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zu verbinden wäre.

In Abs. 5 soll schliesslich der ehemalige Abs. 2 (Einziehung der Gegenstände) Eingang finden.

Abs. 1: Vgl. die Ausführungen zu Art. 197 Ziff. 3. Bei Gewaltdarstellungen sollten zumindest die Gemälde und Comics von der Strafschärfung ausgenommen sein.¹²¹

Abs. 2: Die heutige Gesetzeslage sieht die Strafflosigkeit des Konsums (ohne Besitz) vor.¹²² Vgl. die Ausführungen zu Art 197 Ziff. 3^{bis}.

Abs. 3: Vgl. Ausführungen zu Art. 197 Ziff. 4.

Abs. 4: Keine Bemerkungen.

Abs. 5: Keine Bemerkungen.

Bei dieser Bestimmung sticht ins Auge, dass offenbar kein Stein auf dem anderen bleibt. Obschon der Tatbestand dem Bericht eigener, spezifischer Ausführungen nicht wert scheint, werden unter dem Deckmantel der Harmonisierung der Strafrahmen nicht nur neue strafbare Handlungen eingeführt, sondern auch Qualifizierungen.

Die Änderung der Bestimmung wird bei derart sorgfaltsfreier und chaotischer Vorbereitung abgelehnt.

10. Ad Art. 139 Ziff. 2 und 3 Diebstahl

Die Mindeststrafe soll bei Ziff. 2 von 90 Tagessätzen Geldstrafe auf 6 Monate Freiheitsstrafe angehoben werden. Die Gewerbsmässigkeit werde mit sehr unterschiedlichen Mindeststrafen oder alternativ gar keiner Mindeststrafe geahndet, weshalb diese Mindeststrafe einheitlich auf sechs Monate Freiheitsstrafe festzulegen und die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen sei. Heute liege die Mehrheit der ausgefallten Strafen unter dieser Grenze. Die Geldstrafe wird gestrichen (dies wird bei den Erläuterungen allerdings nicht, sondern lediglich bei Vergleich der Gesetzestexte klar).

In Ziff. 3 soll die Mindeststrafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe auf Freiheitsstrafe von einem Jahr angehoben werden, damit die bisherige Abstufung innerhalb des Artikels beibehalten werden könne und die Strafe weiterhin gleichlautend sei wie beim Raub.¹²³ Zudem soll überhaupt die Geldstrafe gestrichen werden (dies wird klar nicht aufgrund der Erläuterungen, sondern lediglich bei Vergleich der Gesetzestexte!).

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vereinheitlichung der Strafdrohung für die gewerbsmässige Tatbegehung diametral dem erklärten Ziel des Vorentwurfs entgegenläuft – nämlich eine verhältnismässige Korrelation zwischen der angedrohten Strafe und dem Wert des geschützten Rechtsguts herzustellen.¹²⁴ Die Gleichschaltung aller Gewerbsmässigkeit geht zwingend zu Lasten des Einzelfalles. Entsprechend kann das Verhältnis der Strafe in den einzelnen Bestimmungen schwerlich verhältnismässig zum geschützten Rechtsgut sein, wenn man von der Gewerbsmässigkeit als gemeinsamem Nenner für die Festlegung der Strafrahmen ausgeht und nicht bei jeder Bestimmung separat prüft, inwieweit die gewerbsmässige Begehung einer Tat eine schärfere Strafdrohung nötig macht.

Gänzlich willkürlich mutet daher auch die Festlegung der Mindeststrafe auf 6 Monate Freiheitsstrafe an, insbesondere, wenn dann erklärt wird, dass heute die ausgefall-

¹²¹ Bericht, S 26.

¹²² BSK StGB²-AEBERSOLD, Art. 135 N 28 f.; NADINE HAGENSTEIN, O tempora, o mores! Oder Keine Macht den Killerspielen, AJP 10/2010, 1293-1310, 1307.

¹²³ Bericht, S. 16 f.

¹²⁴ Bericht, S. 6.

ten Strafen regelmässig unter dieser Grenze lägen. Gerade diese Aussage zeigt auf, dass bei einer Veränderung der Bestimmungen gemäss Entwurf die Täter unverhältnismässig bestraft würden – und dies schlicht deshalb, weil das Gericht (abgesehen von Fällen der Strafmilderung) eben nicht mehr die Kompetenz haben würde, den Strafraumen zu unterschreiten. Dies wird noch durch den Umstand verstärkt, dass die Möglichkeit der Geldstrafe gestrichen wird, womit dem Gericht ein Mittel mehr genommen wird, dem individuellen Verschulden des Täter Rechnung zu tragen.

Erstaunlich ist darüber hinaus, dass die gewerbsmässige Begehung zwar vereinheitlicht werden, dies aber nur bezüglich Mindeststrafe geschehen soll. Die Höchststrafen hingegen würden gemäss Vorentwurf weiterhin zwischen fünf (bspw. Art. 144^{bis} Abs. 3 oder Art. 155 Ziff. 2) und zehn Jahren Freiheitsstrafe (bspw. Art. 148 Abs. 2 oder Art. 156 Ziff. 2) variieren. Deutlich wird dadurch, dass primäres Ziel nicht die Vereinheitlichung der Strafdrohung war, sondern vielmehr sichergestellt werden sollte, dass und in welcher Form gestraft wird.

Die Ausführungen zu Ziff. 3, wonach die bisherige Abstufung innerhalb des Artikels beizubehalten sei, sind zwar grundsätzlich nachvollziehbar, in Anbetracht der nicht nachvollziehbaren Änderungen in Ziff. 2 allerdings auch obsolet.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

11. Ad Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 Ziff. 2-4 Raub

Ziff. 1: Aus kriminalpolitischen Gründen soll die Mindeststrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe erhöht und die Geldstrafe gestrichen werden.

Ziff. 2 soll aufgehoben werden, weil das Mitführen einer Waffe hinsichtlich Unrecht im Grundtatbestand enthalten sei.

Ziff. 3: Neu soll explizit das Verwenden einer Schusswaffe erwähnt werden, womit der Qualifikationsgrund der besonderen Gefährlichkeit an Bedeutung einbüssen werde, weil diese Fälle bisher unter diese Generalklausel gefallen seien. Zudem soll die Mindeststrafe auf zwei Jahre festgesetzt werden, damit der bedingte und teilbedingte Strafvollzug ausgeschlossen werden könne.

Ziff. 4: Die Mindeststrafe soll auf drei Jahre Freiheitsstrafe reduziert werden, weil Koordinationsbedarf mit den übrigen Bestimmungen, in welchen das Opfer grausam behandelt wird, bestünde. Ausgehend vom Mittelwert der entsprechenden Bestimmungen werde die Mindeststrafe in Art. 140 Ziff. 4 reduziert, und in Art. 184 erhöht, so dass eine einheitliche Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe bei grausamer Behandlung des Opfers bestehe. Auch im Verhältnis zur vorsätzlichen Tötung und zur schweren Körperverletzung erscheine eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe als zu hoch und solch hohe Mindeststrafen würden durch die Gerichte restriktiv ausgelegt, so dass sie kaum zur Anwendung gelangten oder gemildert würden. Dies sei auch der Grund dafür, dass nahezu alle ausschliesslichen Verurteilungen unterhalb der Mindeststrafe liegen würden.¹²⁵

Ziff. 1: Einen solchen Satz kann man schlicht nicht als Begründung bezeichnen, lässt uns der Bericht doch nicht einmal daran teilhaben, welcher Art die kriminalpolitischen Gründe sein könnten. Hier zeigt sich besonders deutlich, dass tatsächlich um jeden Preis eine Strafschärfung eingeführt werden soll.

Ziff. 2: Nicht einleuchten kann, weshalb eine Bestimmung, die offensichtlich dazu da ist, einen besonderen Fall einer strafbaren Handlung zu umschreiben, mit der

¹²⁵ Bericht, S. 17 f.

schlichten Begründung gestrichen wird, deren Unrechtsgehalt sei im Grundtatbestand bereits enthalten und zwar vornehmlich deshalb, weil die Mindeststrafe des Grundtatbestandes angehoben wird. Der Unrechtsgehalt einer Bestimmung definiert sich nicht über die Strafe, sondern über die Tat. Würde man denn schon mit den Strafraumen argumentieren wollen, müsste aber berücksichtigt werden, dass der aktuelle Strafraum beim Mitführen einer Waffe bei Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr beginnt, gegen oben aber offen ist, wohingegen der Grundtatbestand eine Maximalstrafe von 10 Jahren fixiert. Dann aber leuchtet nicht ein, wie das Unrecht in einem Fall, bei dem eine Strafe von über 10 Jahren angemessen wäre, durch den Grundtatbestand gedeckt sein soll.

Ziff. 3: Inwiefern es eine Errungenschaft darstellen soll, einen besonderen Fall der Tatbegehung explizit in einer Bestimmung zu nennen, wenn die fortlaufende Praxis die Tatvariante unter eine Generalklausel subsumiert, ist nicht ersichtlich. Zwar mag dies grundsätzlich dem Bestimmtheitsgebot zuträglich sein, doch gibt es wohl zahlreiche Fallkonstellationen, die ebenfalls unter die Generalklausel subsumiert werden, jedoch keine explizite Erwähnung im Wortlaut der Bestimmung finden.

Die zur Erhöhung der Mindeststrafe auf zwei Jahre Freiheitsstrafe angeführte Begründung schliesslich zeigt in Vollendung, dass auch die im per 2007 revidierten Allgemeinen Teil StGB statuierten Grundsätze und Prinzipien wenn immer möglich eingeschränkt oder ausgehebelt werden sollen, um ein schärferes Strafrecht zu kreieren.

Ziff. 4: Grundsätzlich stellt sich zunächst die Frage, inwiefern der im Bericht vielerorts behauptete Koordinationsbedarf verschiedener Normen tatsächlich besteht. Die grausame Behandlung des Opfers stellt regelmässig einen Qualifikationsgrund dar. Der jedoch steht immer in Relation zum Grundtatbestand und daher zum geschützten Rechtsgut. Will man die Verhältnismässigkeit zwischen angedrohter Strafe und geschütztem Rechtsgut wahren¹²⁶, wie dies der Bericht zumindest behauptet, so kommt man doch nicht umhin, die Qualifikation jedes einzelnen Tatbestandes gesondert zu betrachten. Eine Vereinheitlichung ist klar kontraproduktiv.

Ebenfalls deutlich wird der Wille zur Strafschärfung beim Argument, hohe Mindeststrafen brächten eine restriktive Auslegung oder gar eine Strafmilderung durch die Gerichte mit sich. Das aber – so stellt man sich zumindest die Fortsetzung dieser Argumentation vor – sei aber gar nicht wünschenswert. Das kann wohl nur als Kritik des Gesetzgebers an der Praxis der Gerichte verstanden werden, die offenbar in den Augen des Gesetzgebers zu niedrige Strafen aussprechen. Das erscheint aber doch gänzlich unzulässig.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

12. Ad Art. 143^{bis} Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem

Die Höchststrafe soll neu nur noch Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe anstelle von drei Jahren oder Geldstrafe betragen. Vor der letzten AT-Revision seien entweder sehr kurze Freiheitsstrafen oder Bussen ausgesprochen worden. Offensichtlich würde der Strafraum nicht der Rechtswirklichkeit entsprechen, weshalb die maximale Freiheitsstrafe in Abs. 1 und 2 auf maximal ein Jahr zu beschränken sei. Die übrigen Änderungen in Abs. 1 sowie der neue Abs. 2 entsprächen den Vorschlägen des Bundesrates in der Botschaft vom 18.

¹²⁶ Vgl. Bericht, S. 6.

Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Cyberkriminalität.¹²⁷

Auch hier wieder wird behauptet, der Strafrahen entspreche „ganz offensichtlich“ nicht der Rechtswirklichkeit. Ganz offensichtlich ist dabei nur, dass „ganz offensichtlich“ unklar ist, was denn hier die Rechtswirklichkeit sein sollte und was denn „ganz offensichtlich“ überhaupt meinen könnte. Wenn wir es richtig verstehen (was angesichts der Kürze der Begründung keineswegs klar und „offensichtlich“ ist), dann heisst das doch, dass aufgrund der häufig kurzen Freiheitsstrafen die Strafobergrenze gesenkt werden soll. Tatsächlich? Und sonst soll bei gleicher Sachlage die Strafuntergrenze angehoben werden, weil die Urteilspraxis zu grosszügig ist?

Vgl. weiter die Ausführungen zur Angemessenheit der Strafrahen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

13. Ad Art. 144 Abs. 3 Sachbeschädigung

*Die Mindeststrafe wird von einem Jahr Freiheitsstrafe auf sechs Monate reduziert, weil die bisherige Mindeststrafe in einem Missverhältnis zu den übrigen Tatbeständen, z.B. Betrug oder Diebstahl stehe. Gleichzeitig sei die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen. Das heutige weite Ermessen des Gerichts solle beschränkt werden, weil es in der Praxis dazu geführt habe, dass nur kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen worden seien.*¹²⁸

Auch bei dieser Begründung beisst sich „die Katze in den Schwanz“. Wenn doch gerade bemängelt wird, dass das weite Ermessen des Gerichts dazu geführt habe, dass „nur“ kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen wurden, vermag es kaum zu überzeugen, wenn dieses Ermessen zwar in dem Sinne eingeschränkt wird, dass die Möglichkeit durch eine Verpflichtung ersetzt, gleichzeitig der Strafrahen jedoch um ein halbes Jahr nach unten (!) erweitert wird. Folgte man der Logik des Berichts würde dies ja bedeuten, dass die Gerichte künftig noch tiefere Freiheitsstrafen aussprechen könnten, was ja offenbar gerade nicht gewünscht ist.

Vgl. die allgemeinen Ausführungen zum Ermessen der Gerichte S. 22 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

14. Ad Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 2 Datenbeschädigung

Ziff. 1 Abs. 2: Die Mindeststrafe wird von einem Jahr Freiheitsstrafe auf sechs Monate reduziert, wobei auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 (Strafmass) verwiesen wird. Zudem sei die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen, wobei ebenfalls auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 verwiesen wird.

*Ziff. 2 Abs. 2: Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe reduziert werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Zudem sei die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen, wobei hierfür auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 verwiesen wird.*¹²⁹

Ziff. 1: Es kann auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 verwiesen werden.

Ziff. 2: Vgl. Ausführungen zu Art. 139 und Art. 144 Abs. 3.

¹²⁷ Bericht, S. 18.

¹²⁸ Bericht, S. 18.

¹²⁹ Bericht, S. 18.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

15. Ad Art. 146 Abs. 2 Betrug

Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Bereits heute läge die Mehrheit der ausgefallten Freiheitsstrafen über dieser Grenze.¹³⁰

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139. Selbst wenn sämtliche Fälle – und vorliegend ist lediglich von der Mehrheit die Rede – oberhalb einer bestimmten Grenze innerhalb des Strafrahmens zu liegen kommen, bedeutet dies nicht, dass das Ermessen des Gerichts für künftige – allenfalls anders liegende Fälle – beschnitten werden müsste, indem man eine höhere, näher bei den durchschnittlich ausgefallten Urteilen gelegene Mindeststrafe einführt.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

16. Ad Art. 147 Abs. 2 Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage

Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Tendenziell betriegen die Strafen bereits heute sechs Monate Freiheitsstrafe oder mehr, wobei nur wenige Verurteilungen vorlägen.¹³¹

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139 und 146. Besonders bemerkenswert ist, dass offenbar aufgrund weniger Urteile – gemäss BFS sind allerdings gestützt auf Art. 147 (Abs. 1-3) seit dessen Inkrafttreten rund 7'100 Urteile ergangen – vom Ist- auf den Sollzustand und damit auf eine generelle Anhebung der geschlossen werden konnte.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

17. Ad Art. 148 Abs. 2 Check- und Kreditkartenmissbrauch

Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Weil nur vier Verurteilungen vorliegen, sei keine Aussage zur Strafpraxis möglich.¹³²

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139, 146 und 147.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

18. Ad Art. 150^{bis} Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote

Diese Bestimmung soll zwar im Strafgesetzbuch aufgehoben werden, in der identischen Form aber als Art. 52a neu in das Fernmeldegesetz eingefügt werden. Obschon das Vermögen betroffen sei und daher die Bestimmung im Vermögensstrafrecht anzusiedeln sei, treffe dies für eine Vielzahl von anderen Strafbestimmungen im Nebenstrafrecht zu. Zudem komme Art. 150^{bis} mit sechs Verurteilungen pro Jahr keine grosse Bedeutung zu. Aus diesen Gründen sei die Bestimmung ins Fernmeldegesetz zu überführen.

In der Botschaft zu Art. 150^{bis} hatte der Gesetzgeber diese Bestimmung aufgrund des geschütztes Rechtsguts Vermögen klar als Strafnorm in das Vermögensstrafrecht eingeordnet. Zudem wurde sie systematisch nach Art. 150 eingereiht, weil sie als er-

¹³⁰ Bericht, S. 18 f.

¹³¹ Bericht, S. 19.

¹³² Bericht, S. 19.

gänzender Tatbestand die unbefriedigende Situation verbessern sollte, neben den privaten Gerätebenutzern (Art. 150) auch die Händler von Decodiergeräten strafrechtlich zu erfassen.¹³³ Das soll nun alles 15 Jahre später nicht mehr gelten. Auch die Rechtsgutsorientierung, die der Bericht sonst so unglaublich zentral betont, wird nonchalant hinweggefegt.

Betrachtet man zudem die Strafbestimmungen im FMG (Art. 49 Fälschen oder Unterdrücken von Informationen, Art. 50 Unbefugtes Verwerten von Informationen, Art. 51 Stören des Fernmeldeverkehrs und des Rundfunks, Art. 52 Übertretungen und Art. 53 Ordnungswidrigkeit und Art. 54 Andere Strafbestimmungen) wird ersichtlich, dass sie vorwiegend in einem technischen Zusammenhang mit der Benutzung von Fernmeldeanlagen stehen. Art. 150^{bis} hingegen berührt nur dann die Fernmeldedienste, wenn Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Fernmeldedienstangebote hergestellt oder in Verkehr gebracht werden. Würde man Art. 150^{bis} als neuen Art. 52a ins FMG einfügen, wäre dessen Regelungsgehalt in Bezug auf alle codierten Angebote, die nicht von einem Fernmeldedienst ausgehen, deplaciert. Der Bericht liefert denn auch keine stichhaltigen Gründe für die Streichung im StGB.

Die Aufhebung der Bestimmung im StGB und gleichzeitige Einfügung im FMG wird abgelehnt.

19. Ad Art. 153 Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden

Bei dieser Bestimmung soll die Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe reduziert werden. Mit der Aufnahme dieser Bestimmung ins StGB hätte man ihr einerseits erhöhte Bedeutung beimessen wollen, andererseits sei sie eine sinnvolle Ergänzung zu Art. 253. Die Erhöhung der Strafdrohung wurde mit erhöhter Wirksamkeit und einer effizienteren Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität begründet¹³⁴. Die Strafanandrohung erscheine aber heute unverhältnismässig hoch, da es sich um einen Auffangtatbestand handle und die unwahre Eintragung einer rechtlich erheblichen Tatsache nach Art. 253 verfolgt werde. Vor der letzten AT-Revision seien vorwiegend Bussen ausgesprochen worden; der Strafraumen entspreche ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit, weshalb die Freiheitsstrafe auf maximal ein Jahr zu beschränken sei.¹³⁵

Wieder wird hier behauptet, der Strafraumen entspreche „ganz offensichtlich“ nicht der Rechtswirklichkeit. Wieder ist ganz offensichtlich, dass nicht klar ist, was „ganz offensichtlich“ meinen könnte. Denn wenn eine Praxis geringer Strafen die Rechtswirklichkeit darstellt, an die es sich anzupassen gilt, woher dann die Kritik an den Gerichten, die sonst im Bericht zur Erhöhung der Strafraumen führt?

Es ist zutreffend, dass Art. 153 insofern als Auffangtatbestand von Art. 253 aufgefasst werden kann, als er eine andere Teilmenge von Tatsachen erfasst. Während Art. 253 nur entsprechende Tathandlungen in Bezug auf rechtlich erhebliche Tatsachen unter Strafe stellt, sind von Art. 153 die nicht rechtlich erheblichen Tatsachen erfasst.¹³⁶

Obschon in den Jahren 1995 bis 2009 jährlich im Mittel nur 2,67 Verurteilungen gestützt auf diese Bestimmung ergingen, hat die Anzahl der Urteile seit 2007 (2007: 4,

¹³³ BBl 1996, 1452.

¹³⁴ BBl 1991, 1037.

¹³⁵ Bericht, VE, S. 19 f.

¹³⁶ BBl 1991, 1036 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 85), § 16 N 75; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 153 N 1

2008 : 5 und 2009 : 7 Verurteilungen) deutlich zugenommen. Ob angesichts dieser Entwicklung eine Änderung sinnvoll ist, kann offenbleiben.

Der Änderung der Bestimmung basierend auf dieser Nichtbegründung wird abgelehnt.

20. Ad Art. 155 Ziff. 2 Warenfälschung

*Bei gewerbsmässigem Handeln soll eine Mindeststrafe von sechs Monate Freiheitsstrafe eingeführt werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird.*¹³⁷

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139 und 146.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

21. Ad Art. 156 Ziff. 2 Erpressung

*Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln oder fortgesetzter Erpressung der gleichen Person soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe reduziert werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird.*¹³⁸

Es kann auf die vorgehenden allgemeinen Ausführungen bezüglich Anpassungen von Mindeststrafen¹³⁹ sowie auf die Ausführungen zu Art. 139 StGB¹⁴⁰ verwiesen werden.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

22. Ad Art. 157 Ziff. 2 Wucher

*Bei gewerbsmässigem Handeln soll die Mindeststrafe auf sechs Monate Freiheitsstrafe reduziert werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Die Freiheitsstrafen würden heute teilweise deutlich über einem Jahr liegen.*¹⁴¹

Es kann auf die allgemeinen Ausführungen bezüglich Anpassungen von Mindeststrafen¹⁴² sowie auf die Ausführungen zu Art. 139 StGB¹⁴³ verwiesen werden.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

23. Ad Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 Ungetreue Geschäftsbesorgung

*Bei dieser Bestimmung soll die Mindeststrafe gestrichen und die Höchststrafe durch die Möglichkeit, eine Geldstrafe auszusprechen, ergänzt werden. Zudem soll die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift ersetzt werden. Begründet wird dies damit, dass der Unrechtsgehalt der Norm aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die mit der Revision 1995 übernommen wurde, nicht mehr gleich war. Verwiesen wird auch auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3. Mit der Änderung würde in den Fällen von Bereicherungsabsicht (Ziff. 1 Abs. 3 und Ziff. 2) die gleiche Strafe angedroht. Das Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen habe in der Praxis dazu geführt, dass vorwiegend Freiheitsstrafen unter einem Jahr ausgesprochen worden seien.*¹⁴⁴

¹³⁷ Bericht, S. 20.

¹³⁸ Bericht, S. 20.

¹³⁹ Vorstehend S. 16 ff.

¹⁴⁰ Vorstehend S. 36 ff.

¹⁴¹ Bericht, S. 20.

¹⁴² Vorstehend S. 16 ff.

¹⁴³ Vorstehend S. 36 ff.

¹⁴⁴ Bericht, S. 20.

Obwohl hier ausnahmsweise mit der Aufhebung der Mindeststrafe eine Entschärfung angestrebt wird, muss festgehalten werden: Die Begründung ist unlogisch, da das Bundesgericht den Begriff der Gewinnsucht schon deutlich vor der Revision von 1995 kaum anders als den Begriff der Bereicherungsabsicht verstanden hatte. Insofern wurde der Gesetzestext an die tatsächliche Praxis angepasst, wodurch sich aber der Unrechtsgehalt nicht änderte. Der Punkt dürfte wohl eher der sein, dass die Strafandrohung von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 vor der Revision des AT StGB Zuchthaus bis zu fünf Jahren war. Nach Art. 35 aStGB betrug deren kürzeste Dauer 1 Jahr.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

24. Ad Art. 160 Ziff. 2 Hehlerei

*Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Bereits heute komme die Mehrheit der ausgesprochenen Freiheitsstrafen über diese Grenze zu liegen.*¹⁴⁵

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139 und 146.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

25. Ad Art. 168 Bestechung bei Zwangsvollstreckung

Der Art. 168 soll neu formuliert, inhaltlich aber nicht verändert werden.

Keine Bemerkungen.

26. Ad Art. 171 Abs. 2 Gerichtlicher Nachlassvertrag

Diese Bestimmung soll aufgehoben werden, weil Art. 171 Abs. 2 durch Art. 53 ersetzt worden sei, „wenn auch beide Bestimmungen nicht deckungsgleich sind“. Es sei aber stossend, wenn für die Wiedergutmachung verschiedene Massstäbe gelten würden.

In der Lehre wird Art. 171 Abs. 2 als *lex specialis* zu Art. 48 lit. d verstanden.¹⁴⁶ Auch der Bericht anerkennt, dass es sich um eine besondere Form der Wiedergutmachung handle. Die Bestimmung geht insoweit über Art. 48 lit. d hinaus, als die Strafe nicht nur gemildert, sondern auch gänzlich von ihr abgesehen werden kann. Darüber hinaus kann im Gegensatz zur Strafzumessungsregel in Art. 48 lit. d gemäss Art. 171 Abs. 2 auch bereits von der Strafverfolgung oder von der Überweisung an das Gericht abgesehen werden. Im Unterschied zu Art. 53 müssen dafür keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein.

Der historische Gesetzgeber fügte dannzumal Art. 171 Abs. 2 ein als einen „besonderen Fall der **aufrichtigen Reue**, der allerdings in seinen Wirkungen über Art. 64 (heute: 48 lit. d) StGB hinausgeht“.¹⁴⁷ Die Botschaft führt aus, die Expertenkommission hätte darauf verzichtet, eine allgemeine Vorschrift über die **tätige Reue** bei Vermögensdelikten aufzustellen, und hätte angeregt, dieses Anliegen im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des StGB weiter zu verfolgen. Der von Prof. H. Schultz erstellte Vorentwurf für die Revision des Allgemeinen Teils habe denn auch in einem neuen Artikel 55 generelle Vorschriften über die "**Wiedergutmachung**" vorgesehen, die in ihren Voraussetzungen Art. 171 Abs. 2 sehr nahekämen.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Bericht, S. 21.

¹⁴⁶ BSK StGB²-BRUNNER, Art. 171 N 10; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 171 N 3.

¹⁴⁷ BBl 1991, 1070.

¹⁴⁸ BBl 1991, 1070 f.

Zunächst ist festzuhalten, dass in dieser Passage offenbar Unklarheiten über den Unterschied zwischen der aufrichtigen und der tätigen Reue sowie der Wiedergutmachung bestehen. Die aufrichtige Reue ist heute in Art. 48 lit. d als Strafmilderungsgrund geregelt. Art. 23 handelt vom Rücktritt und der tätigen Reue. In Art. 53 hingegen ist die Wiedergutmachung im Sinne eines Strafbefreiungsgrundes geregelt. In der Botschaft von 1991 steht nichts anderes, als dass Art. 53 die allgemeine Vorschrift zur tätigen Reue darstelle. Art. 171 Abs. 2 ist im Gegensatz hierzu ein Sonderfall der aufrichtigen Reue und kann demnach auch nicht durch Art. 53, d.h. einer Vorschrift zur tätigen Reue ersetzt werden.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Revision der Vermögensdelikte der Meinung war, dass gegebenenfalls eine allgemeine Vorschrift zur Wiedergutmachung Art. 171 Abs. 2 ersetzen könnte, mag doch einigermassen erstaunen, dass diese Änderung bei der Revision des Allgemeinen Teils des StGB nicht vorgenommen wurde¹⁴⁹. Sei dies gewollt oder ungewollt – fest steht, dass heute, rund 20 Jahre später, eine solche Begründung nicht stichhaltig ist, um eine faktische Strafschärfung einzuführen.

Die Aufhebung dieser Bestimmung wird daher abgelehnt.

27. *Ad Art. 171^{bis} Widerruf des Konkurses*

Diese Bestimmung soll aufgehoben werden mit der gleichen Begründung wie zu Art. 171 Abs. 2 StGB.

Es handelt sich bei Art. 171^{bis} um einen fakultativen Strafbarkeitsaufhebungsgrund. Anders als bei Art. 171 Abs. 2 erfolgt der Widerruf des Konkurses gemäss Abs. 1 durch den Konkursrichter, d.h. erst wenn diese von konkreten Bedingungen (Art. 195 SchKG) abhängige Entscheidung gefällt wurde, kann darüber befunden werden, ob von der Strafverfolgung, der Überweisung ans Gericht oder von der Bestrafung abgesehen wird.

Der historische Gesetzgeber fügte Art. 171^{bis} ein, um stossende Härtefälle zu vermeiden, die sich ergeben hätten, wenn der Schuldner auch strafrechtlich verantwortlich geblieben wäre, obschon alle Gläubiger ihre Konkurseingaben zurückgezogen hätten (was regelmässig nach deren Befriedigung geschieht, oder wenn ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist; Art. 195 SchKG). Zudem sollte durch diese Bestimmung für diese Täter ein Anreiz geschaffen werden, die Gläubiger zu befriedigen oder ihnen einen akzeptablen Nachlassvertrag anzubieten, um den Konkurswiderrief auszulösen.¹⁵⁰ „Dass er dadurch bis zur eventuellen Schaffung einer allgemeinen Bestimmung über die **tätige Reue** als Voraussetzung fakultativer Strafbefreiung gegenüber anderen Delinquenten (deren **aufrichtige Reue** nur im Rahmen von Art. 64 StGB berücksichtigt werden kann) bevorzugt ist, kann nicht bestritten werden. Doch wäre es umgekehrt fragwürdig, nur aus diesem Grund, der in absehbarer Zeit dahinfallen dürfte, auf die vorgeschlagene Regelung, mit der die Position der Gläubiger substantiell verbessert wird, zu verzichten.“¹⁵¹

Auch hier zeigt sich die unbedarfte Verwendung juristisch besetzter Begriffe, doch kann hierfür auf die Ausführungen zu Art. 171 Abs. 2 verwiesen werden. Anders als bei Art. 171 Abs. 2 wird zu Art. 171^{bis} in der Botschaft 1991 festgehalten, dass diese Bestimmung nur bis zur Schaffung einer allgemeinen Vorschrift zur tätigen Reue Bestand haben soll. Auch hier stellt sich allerdings die grundsätzliche Frage, ob nicht

¹⁴⁹ Vgl. BBl 1999, 1979 ff., insbesondere 2065 f.

¹⁵⁰ BBl 1991, 1071 f.

¹⁵¹ BBl 1991, 1072.

die allgemein Vorschrift zur tätigen Reue in Art. 23 zu suchen ist (vgl. die entsprechende Marginalie), und nicht in Art. 53, bei dem von Wiedergutmachung die Rede ist.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Revision der Vermögensdelikte der Meinung war, dass gegebenenfalls eine allgemeine Vorschrift zur Wiedergutmachung Art. 171^{bis} ersetzen könnte, erstaunt, dass diese Änderung bei der Revision des Allgemeinen Teils des StGB nicht vorgenommen wurde¹⁵². Heute, rund 20 Jahre später, erscheint eine derartige Begründung nicht stichhaltig ist, um eine faktische Strafschärfung einzuführen.

Art. 171^{bis} Abs. 2 wurde Art. 171 Abs. 2 nachempfunden¹⁵³, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.

Die Aufhebung der Bestimmung wird abgelehnt.

28. Ad Art. 172^{bis} Verbindung von Freiheitsstrafe mit Geldstrafe

Der Ausdruck „Richter“ wird durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

29. Ad Art. 173 Ziff. 5 Üble Nachrede

Keine Erläuterungen im Bericht.

Der Ausdruck „Richter“ wird durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

30. Ad Art. 174 Ziff. 2 und 3 Verleumdung

Ziff. 2: Die Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe soll auf Freiheitsstrafe von 90 Tagen oder 90 Tagessätzen Geldstrafe erhöht werden, weil die planmässige Verleumdung für das Opfer sehr belastend sei und weitreichende Konsequenzen haben könne. In der Praxis werde die aktuelle Mindeststrafe von 30 Tagen Geldstrafe nur leicht überschritten.

Vergleiche die allgemeinen Ausführungen zu Mindeststrafen S. 17 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

Ziff. 3: Der Ausdruck „Richter“ wird durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

31. Ad Art. 177 Beschimpfung

In Abs. 1 soll die Höchststrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe aufgehoben werden. Da bei der üblen Nachrede die Höchststrafe bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe laute und die bisherigen Abstufungen beibehalten werden sollen, sei die Beschimpfung in eine Übertretung umzuwandeln. Bis 2006 seien in der Praxis vorwiegend Bussen ausgesprochen worden.

¹⁵² Vgl. BBl 1999, 1979 ff., insbesondere 2065 f.

¹⁵³ BBl 1991, 1072.

Abs. 1: Es handelt sich hierbei um eine der wenigen Bestimmungen des Vorentwurf, die nicht verschärft, sondern entschärft werden sollen. Da die aktuelle Höchststrafe 90 Tagessätze Geldstrafe beträgt, künftig aber eine Busse angedroht werden soll, bleibt es (wird der bedingte Strafvollzug nicht berücksichtigt) eine theoretische Frage, ob eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen oder eine Busse die einschneidendere Strafe darstellt. Nach geltendem Recht aber erscheint die Veränderung im Hinblick auf den bedingten Strafvollzug zweifelsfrei als Strafschärfung, kann doch die Busse nicht bedingt oder teilbedingt ausgefällt werden.

Entscheidend ist die Änderung des Deliktstyps vom Vergehen zur Übertretung, was u.a. zur Folge hat, dass nicht mehr sämtliche Verurteilungen nach Art. 177 ins Strafregister eingetragen werden müssten und die Verjährungsfrist in Art. 109 zur Anwendung gelangte (nicht Art. 178, der einzig Vergehen gegen die Ehre behandelt).¹⁵⁴

*In den Abs. 2 und 3 soll der Ausdruck „Richter“ durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden.*¹⁵⁵

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

Die Revision der Bestimmung wird abgelehnt.

32. Ad Art. 178 Verjährung

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, weil keine Veranlassung bestehe, für die Ehrverletzungsdelikte kürzere Verjährungsfristen vorzusehen und es nur in wenigen Fällen Jahre später zu einem Verfahren komme.*¹⁵⁶

Die im Bericht angeführte Begründung verfängt schon deshalb nicht, weil der Vorentwurf selbst vorsieht, die Beschimpfung in eine Übertretung umzuwandeln.¹⁵⁷ Übertretungen verjähren gemäss Art. 109 StGB innert drei Jahren, d.h. im Falle der Beschimpfung würde die Verjährungsfrist zusätzlich verkürzt. Wenn auch bei der Verleumdung (Art. 174) und der üblen Nachrede (Art. 173) die Verjährungsfristen um drei Jahre kürzer ausfallen als bei anderen Vergehen (Art. 97 Abs. 1 lit. c), so ist dies dennoch gerechtfertigt, weil ein grosser Teil des Persönlichkeitsschutzes durch das Zivilgesetzbuch geregelt ist und entsprechende Verletzungen bzw. der daraus resultierende Schaden über Art. 28 ff. ZGB ausgeglichen werden kann. Zu beachten ist auch, dass die durch eine Ehrverletzung begründete Friedensstörung in der Regel verhältnismässig rasch abklingt und meist keine bleibenden Folgen zeitigt.¹⁵⁸

Inwiefern diese Änderung mit der Harmonisierung von Strafrahmen überhaupt auch nur annähernd etwas zu tun haben könnte, bleibt offen.

Die Aufhebung der Bestimmung wird abgelehnt.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung; SR 311) (Vergehen) und Art. 3 Abs. 1 lit. c und d VOSTRA-Verordnung (Übertretungen).

¹⁵⁵ Bericht, S. 22.

¹⁵⁶ Bericht, S. 22.

¹⁵⁷ Vgl. Bericht, S. 22.

¹⁵⁸ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 178 N 1.

33. *Ad Art. 179 Verletzung des Schriftgeheimnisses*

*Der Strafraumen soll mit Rücksicht auf die Art. 179^{bis} ff. erhöht werden. Das Rechtsgut scheine weitgehend gleich oder ähnlich zu sein und es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Strafdrohung zuvor nie angepasst worden sei.*¹⁵⁹

Gemäss der Lehre ist das von Art. 179 StGB geschützte Rechtsgut das Schrift- und Sendungsgeheimnis¹⁶⁰, bei Art. 179^{bis} hingegen die Unbefangenheit der menschlichen Kommunikation in der Privatsphäre¹⁶¹. Selbst wenn das Rechtsgut identisch wäre (was dezidiert nicht der Fall ist), müsste das nicht die gleiche Strafandrohung bedingen (das Rechtsgut bei Mord, vorsätzlicher Tötung oder Totschlag ist ja auch identisch). Zu bedenken ist weiter, dass die Tathandlung von Art. 179^{bis} immerhin voraussetzt, dass ein nichtöffentliches Gespräch aufgenommen wird. Nicht öffentlich ist es dann, wenn die Gesprächsteilnehmer in der begründeten Erwartung ein Gespräch führen, das ohne technische Hilfsmittel nicht abgehört werden kann.¹⁶² Eine Verletzung des Schriftgeheimnisses kann demgegenüber ganz einfach und ohne grosse kriminelle Energie oder technische Hilfsmittel, ja sogar aus Irrtum oder Fahrlässigkeit heraus erfolgen. Die unterschiedlichen Strafmasse rechtfertigen sich entsprechend durchaus.

Die im Bericht vorgebrachte Begründung geht entsprechend fehl. Wenig überraschend ist auch, dass überhaupt nicht geprüft wurde, ob die Strafandrohungen von Art. 179^{bis} ff. StGB vielleicht zu hoch und an Art. 179 StGB anzupassen wären.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

34. *Ad Art. 179^{ter} Abs. 2 Unbefugte Aufnahmen von Gesprächen*

*Der letzte Teilsatz („oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt“) werde gestrichen, weil er bedeutungslos sei. In der Lehre würden die romanischen Fassungen, die diese Formulierung nicht enthalten, als die richtigen Fassungen bezeichnet.*¹⁶³

Keine Bemerkungen.

35. *Ad Art. 179^{quinquies} Abs. 2 Nicht strafbare Aufnahmen*

*Abs. 2 soll geändert werden, weil der Verweis im geltenden Recht verwirrend sei, zumal eine rein grammatikalische Auslegung dazu führen würde, dass die legal nach Abs. 1 erstellten Aufnahmen keinen erlaubten Verwendungszweck haben könnten. Strafflos soll sein, was nach Abs. 1 zum Zwecke der Beweisführung erfolge. Solche Aufzeichnungen dürften aber Dritten, Aussenstehenden weder zugänglich gemacht, noch weiter- oder bekanntgegeben werden. Die Aufnahmen müssten nach Dahinfallen der Notwendigkeit oder des Interesses an einer Beweisführung analog dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz in Art. 4 Abs. 2 DSG gelöscht werden.*¹⁶⁴

Vgl. dazu BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{quinquies} N 8. Ansonsten keine Bemerkungen.

¹⁵⁹ Bericht, S. 22.

¹⁶⁰ Vgl. BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179 N 7.

¹⁶¹ Vgl. BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{bis} N 3

¹⁶² BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{bis} N 10.

¹⁶³ Bericht, S. 22.

¹⁶⁴ Bericht, S. 22.

36. *Ad Art. 179^{septies} Missbrauch einer Fernmeldeanlage*

Die heutige Strafordrohung erscheine angesichts der teilweise massiven Beunruhigungen und Belästigungen als zu niedrig. Eine Angleichung an die Strafordrohung von Art. 186 erscheine als angebracht. Zudem würden die subjektiven Elemente Bosheit und Mutwillen gestrichen, da nach der Rechtsprechung in objektiver Hinsicht lästige oder beunruhigende Anrufe eine gewisse minimale, quantitative Intensität und/oder qualitative Schwere erreichen müssten. Diese Formulierung verhindere, dass Telefonwerbung u.Ä. strafbar würden, wenn sie nicht unzählige Male an die gleiche Adresse versandt würden.¹⁶⁵

Vorweg ist schlicht nicht nachvollziehbar, warum diese Bestimmung mit dem Hausfriedensbruch verglichen wird. Man kann nicht einmal sagen, dass einen beides zu Hause treffe, da viele Belästigungen auch auf Mobiltelefone (Anrufe und SMS) erfolgen. Die „Gleichwertigkeit“ der beiden Delikte ist entsprechend höchst fragwürdig, vgl. dazu im Übrigen die Ausführungen zu Art. 186 StGB.¹⁶⁶

Was die subjektiven Elemente Mutwillen und Bosheit betrifft, so betreffen sie nicht die (objektive) Intensität der Anrufe, sondern die Willensrichtung des Täters. Bosheit liegt vor, wenn der Täter die Tat begeht, um sich durch die Belästigung des Opfers Befriedigung zu verschaffen bzw. das Opfer zu ärgern oder zu treffen. Mutwillen bedeutet rücksichtsloses Handeln in Befolgung momentaner Launen.¹⁶⁷ Denkbar sind entsprechend Varianten, wo Anrufe zwar aus Bosheit oder Mutwillen unternommen werden, aber die objektive Intensität nicht erreicht wird. Andererseits können Anrufe ohne Mutwillen oder Bosheit trotzdem eine gewisse Intensität erreichen, was neu wohl strafbar werden würde. Das könnte bspw. den unglücklich Verliebten treffen, der seine Angebetete zu umwerben sucht und weder mutwillig noch boshaft handelt. Die genannten subjektiven Elemente haben entsprechend durchaus selbstständige Bedeutung, anders als der Bericht dies suggeriert. Entsprechendes findet sich denn auch nicht in der Lehre. Tatsächlich geht es hier darum, mittels Streichung der einschränkenden subjektiven Tatbestandselemente den Anwendungsbereich von Art. 179^{septies} StGB auszuweiten, dies aber weder begründen noch anzeigen zu müssen – nicht zuletzt auch deshalb, weil die Tathandlung im Gesetz zu ungenau umrissen ist (Art. 1 StGB!).¹⁶⁸

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

37. *Ad Art. 179^{octies} Abs. 1 Amtliche Überwachung, Strafflosigkeit*

Keine Erläuterungen im Bericht.

Der Ausdruck Richter soll durch den geschlechtsneutralen Begriff des Gerichts ersetzt werden.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

38. *Ad Art. 184 Erschwerende Umstände*

Die Bestimmung soll dahingehend geändert werden, dass die grausame Behandlung und die erhebliche Gefährdung des Opfers neu mit einer Mindeststrafe von drei Jahren anstelle von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht würden. Das Merkmal der grausamen Behandlung sei in verschiedenen Bestimmungen jeweils mit sehr unterschiedlichen Mindeststrafen enthalten.

¹⁶⁵ Bericht, S. 23.

¹⁶⁶ Nachfolgend S. 49 ff.

¹⁶⁷ Vgl. dazu BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{septies} N 9 f. m.w.H.

¹⁶⁸ Vgl. dazu BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{octies} N 5.

*Diese unterschiedlichen Regelungen seien nicht nachvollziehbar, weshalb eine einheitliche Mindeststrafe von drei Jahren vorzusehen sei.*¹⁶⁹

Vgl. Ausführungen zu Ziff. 4 von Art. 140.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

39. Ad Art. 186 Hausfriedensbruch

*Neu soll die Höchststrafe für Hausfriedensbruch noch ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe betragen. Vor der letzten AT-Revision seien wegen Hausfriedensbruch sehr kurze Freiheitsstrafen oder Bussen ausgesprochen worden. Im Vergleich mit den Nachbarstaaten habe die Schweiz eine der höchsten Strafandrohungen. Der Strafrahmen entspreche ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit, weshalb die Freiheitsstrafe auf maximal ein Jahr zu beschränken sei.*¹⁷⁰

Wird im Zusammenhang mit dem Hausfriedensbruch der Begriff Bagatelldelikt erwähnt, mutet dies angesichts der Statistiken etwas eigenartig an, zumal zwischen 1984 und 2009 knapp 70'000 Urteile zu allein diesem Artikel ergingen. Doch nicht nur mengenmässig kann keineswegs von Bagatelle gesprochen werden, auch das geschützte Rechtsgut „Hausrecht“, d.h. „die Befugnis, über einen bestimmten Raum ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen“¹⁷¹ ist als Element der Privatsphäre¹⁷² u.E. durchaus schutzbedürftig aber auch schutzwürdig.¹⁷³ Folgt man der Logik des Vorentwurfs bzw. des Berichts, bedeutete aber die Reduktion der Maximalstrafe nichts anderes, als dass dem geschützten Rechtsgut geringere Bedeutung als bis dato zugemessen wird, da der Wert des „Hausrechts“ offenbar „nur“ einer Strafe von einem, nicht aber drei Jahren Freiheitsstrafe entspräche.¹⁷⁴ Und doch horcht man auf bei der Formulierung: „Der Strafrahmen entspricht ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit“- bricht hier die Resignation durch angesichts der Tatsache, dass es trotz der Androhung von drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe jährlich zu knapp 2'700 Verurteilungen allein gestützt auf dieses Delikt kommt? Die Antwort auf die Frage, wann ein Strafrahmen der Rechtswirklichkeit entspricht, bleibt uns der Bericht leider schuldig.

Was die Rechtsvergleichung betrifft, so sei immerhin bemerkt, dass Österreich für bestimmte Varianten des Hausfriedensbruches in § 109 Abs. 3 A-StGB ebenfalls eine Höchststrafe von 3 Jahren Freiheitsentzug kennt, so aussergewöhnlich also keineswegs ist.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

40. Ad Art. 187 Ziff. 1 und 4 Sexuelle Handlungen mit Kindern

*Bei den strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität sollen keine Mindeststrafen eingeführt werden und ausser in Art. 197 keine Maximalstrafen erhöht werden. Um deutlich zu machen, dass es sich bei den Delikten nach Art. 187-189, 191-193 sowie 195 keineswegs um Kavaliärsdelikte handle, solle bei diesen Bestimmungen aus kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründen keine Geldstrafe mehr ausgesprochen werden können.*¹⁷⁵ Bei Art. 187

¹⁶⁹ Bericht, S. 23.

¹⁷⁰ Bericht, S. 23.

¹⁷¹ BGE 112 IV 31 E. 3.

¹⁷² BGE 118 IV 41 E. 4e.

¹⁷³ Vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

¹⁷⁴ Vgl. Bericht, S. 6.

¹⁷⁵ Bericht, S. 23 f.

sei die Einführung einer Mindeststrafe nicht angebracht, weil er eine Vielzahl von sexuellen Handlungen umfasse, deren Mannigfaltigkeit eine Kategorisierung mit verschiedenen Strafrahmen kaum zulasse. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Tatbestand auch erfüllt sein könne, wenn die sexuelle Beziehung von „Opfer“ und „Täter“ gewollt sei. Auch auf eine Erhöhung der Maximalstrafe könne verzichtet werden, da bei Übergriffen, die zusätzlich die sexuelle Freiheit des Opfers betreffen würden, Idealkonkurrenz mit der Art. 189, 190 und allenfalls 191 bestehe.¹⁷⁶

Über die kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründe, die den Gesetzgeber zum Entscheid, die **Geldstrafe** bei dieser Bestimmung sowie bei Art. 187-189, 191-193 und 195 als Strafe zu streichen, bewogen hat, schweigt sich der Bericht auch in diesem Fall aus. Tatsache ist, dass offenbar angenommen wird, eine Geldstrafe sei für Kavaliersdelikte geeignet. Ein Delikt, das mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bedroht ist, stellt nach Art. 10 Abs. 2 StGB ein Vergehen dar. Es scheint also, dass der Bericht davon ausgeht, dass Vergehen Kavaliersdelikte seien. Das erscheint schlicht unzutreffend. Wenn überhaupt von Kavaliersdelikten die Rede sein kann, so doch höchstens bei Übertretungen. Die aber sind mit Busse bedroht, nicht mit Geldstrafe.

Zutreffend erscheint der Hinweis, dass die Einführung einer Mindeststrafe nicht angebracht sei aufgrund der Vielfalt möglicher strafbaren Handlungen, die in ihrem Unrechtsgehalt sehr unterschiedlich sein können. Bei der weiteren Lektüre des Berichts merkt man allerdings, dass dies nicht primärer Grund für die Zurückhaltung ist, vielmehr befürchtet offenbar der Bericht, dass die Gerichte bei einer Mindeststrafe geneigt sein könnten, den Begriff der sexuellen Handlungen neu zu definieren und entsprechend „nur“ noch mittlere und schwere Übergriffe (was auch immer darunter zu verstehen ist) zu sanktionieren. Auch hier dringt also die Angst des Gesetzgebers, die Gerichte könnten nicht hart genug strafen, deutlich zu Tage.¹⁷⁷

Obschon das Resultat, keine Erhöhung der Höchststrafe einzuführen, korrekt ist, erscheint die Begründung, die zu diesem Schluss führt, doch etwas verwirrend, weil der Eindruck entstehen könnte, dass Fälle sexueller Handlungen mit Kindern gleichzeitig einen der Tatbestände von Art. 189-191 erfüllen.

Die Änderung der Bestimmung wird deshalb abgelehnt.

41. Ad Art. 188 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen

Ziff. 1: Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis drei Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

Ziff. 2: Diese Bestimmung soll aufgehoben werden. Die in der Botschaft 1985 vertretene Ansicht, je mehr sich das Opfer der Mündigkeit und damit dem normalen Heiratsalter nähert, desto mehr rechtfertigt sich diese Strafbefreiung, sei aus heutiger Sicht nicht mehr nachvollziehbar. Auch die Bestrebungen des Gesetzgebers, der veränderten Beziehung zwischen Täter und Opfer Rechnung zu tragen und die Ehe bzw. eingetragene Partnerschaft nicht von Anfang an mit einem Strafverfahren zu belasten, überzeuge kaum. Es gelte zu bedenken, dass es bei den Art. 188, 192 und 193 unter Ausnutzung der Abhängigkeit des Opfers zu sexuellen Handlungen komme, was nicht durch die Möglichkeit der Strafbefreiung bei einer nachträglichen Eheschliessung bzw. Eintragung der Partnerschaft verharmlost und legitimiert werden könne. Hingegen sei es bei sexuellen Handlungen mit Kindern durchaus möglich, dass die

¹⁷⁶ Bericht, S. 9 f.

¹⁷⁷ Vgl. Ausführungen S. 20 ff.

sexuelle Beziehung von „Opfer“ und „Täter“ gewollt sei, weshalb eine Strafbefreiung vertretbar sei. Im Übrigen könne eine Strafbefreiung über die Art. 52 und 53 erreicht werden.¹⁷⁸

Ziff. 1: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Ziff. 2: In aller Deutlichkeit offenbart sich der unbändige Wille des Berichts, auch Sexualdelikte schärfer zu ahnden. Die Revision der 90er Jahre wird global verworfen, ohne detailliertere Begründung, sondern ausschliesslich unter Hinweis auf allgemeine Behauptungen, die nicht belegt werden.

Die Aufhebung der Bestimmung wird abgelehnt.

42. Ad Art. 189 Abs. 1 Sexuelle Nötigung

Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zehn Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.¹⁷⁹

Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

43. Ad Art. 191 Schändung

Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zehn Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.¹⁸⁰

Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

44. Ad Art. 192 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten

Abs. 1: Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis drei Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

Abs. 2: Diese Bestimmung soll aufgehoben werden. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2 verwiesen.

Abs. 1: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Abs. 2: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

45. Ad Art. 193 Ausnützung der Notlage

Abs. 1: Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis drei Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

¹⁷⁸ Bericht, S. 24.

¹⁷⁹ Bericht, S. 24.

¹⁸⁰ Bericht, S. 24.

Abs. 2: Diese Bestimmung soll aufgehoben werden Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2 verwiesen.

Abs. 1: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Abs. 2: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

46. Ad Art. 195 Förderung der Prostitution

Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zehn Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

47. Ad Art. 197 Ziff. 3, 3^{bis}, 4, 4^{bis} und 5 Pornografie

Wohl wichtigste Neuerung ist die Einführung der Strafbarkeit des Konsums. Im Zuge der Umsetzung einer lückenlosen Strafbarkeit des Konsums, insbesondere des besitzlosen Konsums, werde die klare Trennung zwischen Konsumhandlungen einerseits und Herstellungs- bzw. Verbreitungshandlungen andererseits wiederhergestellt, womit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts begegnet werde. Alle Tathandlungen sollen künftig gleich behandelt werden, nur der Eigenkonsum werde privilegiert.

Zusätzlich sollen die Strafraumen bei tatsächlicher Darstellung von Kinderpornografie auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe erhöht werden. Die Idee, die Geldstrafe ähnlich wie bei den Sexualdelikten zu streichen, sei verworfen worden, weil nicht der Missbrauch selbst, sondern dessen Darstellung unter Strafe gestellt werde und daher ein qualitativer Unterschied bestehe hinsichtlich Strafwürdigkeit zwischen dem eigentlichen körperlichen resp. sexuellen Missbrauch und dessen bildlicher Darstellung. Wer für die Herstellung tatsächlich jemanden missbraucht, würde nach den entsprechenden Strafbestimmungen (Art. 122, 189, 190) bestraft.

Ziff. 3 soll dahingehend geändert werden, dass eine höhere Strafandrohung gelten soll, wenn tatsächliche sexuelle Handlungen mit Kindern zur Diskussion stünden. Es sei zudem eine Differenzierung zwischen tatsächlicher und nicht realer Kinderpornografie angebracht. Mit Ziff. 3 soll nicht nur das Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen schützen, sondern auch die potentiellen „Darsteller“ harter Pornografie vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung. Eines solchen Schutzes bedürften aber nur tatsächliche Darsteller, womit eine Unterscheidung bei der Strafandrohung gerechtfertigt sei.

Zudem sollen die Tathandlungsvarianten in der aktuellen Ziff. 3^{bis} in Ziff. 3 zusammengefasst und entsprechend die Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bzw. bei tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Kindern fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden.

Neu soll in Ziff. 3^{bis} nur noch der Konsum aufgeführt werden, womit alle Konsumhandlungen bei harter Pornographie gleich behandelt und umfassend bestraft würden. Insbesondere würde so auch der besitzlose Konsum via Internet strafbar. Sämtliche Tathandlungen, die dem Eigenkonsum dienen, würden strafrechtliche privilegiert behandelt, indem sie unter die mildere Strafdrohung von Ziff. 3^{bis} fielen. Weiterhin solle nur der vorsätzliche Konsum strafbar sein, wobei den Gerichten aufgetragen wird, die Umstände zu ermitteln, welche auf vorsätzlichen

Konsum schliessen lassen könnten. Dabei wird aber betont, dass nicht jeder nachgewiesene Kontakt mit harter Pornographie als vorsätzliches Handeln gewertet werden könne.

Ziff. 3^{ter} werde aus gesetzestechnischen Gründen geschaffen, enthält jedoch den Text der aktuellen Ziff. 3 Abs. 2.

Mit Ziff. 4 soll die Tatbegehung mit Bereicherungsabsicht (ehemals Gewinnsucht) bestraft werden, ebenfalls mit der höheren Strafandrohung bei tatsächlicher Gewalttätigkeit mit Kindern, wobei gemäss neuer Ziff. 4^{bis} mit einer solchen Straftat die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zu verbinden wäre.

In Ziff. 5 soll neu der Klarheit halber auf die Ziff. 1 bis 3^{bis} verwiesen werden.

Auf weitere Revision der Art. 135 und 197 werde hier verzichtet, da angesichts der Unterzeichnung der Europaratskonvention zum Schutze von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch im Juni 2010 weitere Revisionen des Art. 197 bevorstünden.¹⁸¹

Ziff. 3: Der Zusammenführung der verschiedenen Tathandlungen in einer Bestimmung ist grundsätzlich nichts entgegenzuhalten. Fragwürdig ist aber, die Darstellung tatsächlicher sexueller Handlungen separiert und mit einer höheren Strafandrohung zu versehen, da sich ja der Täter bei der Herstellung nach den Art. 187 ff. strafbar macht. Geschützte Rechtsgüter von Art. 197 sind die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung sowie vorbeugender Jugendschutz, zentraler Aspekt ist aber die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Es handelt sich insofern um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.¹⁸² Im Hinblick auf die Einführung der Zusätze bezüglich der tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Kindern unter Hinweis auf das Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung (was gerade auch geschütztes Rechtsgut von Art. 187¹⁸³ und 188¹⁸⁴ ist), stellt sich die Frage nach der Konkurrenz. Richtigerweise müsste angesichts der identischen Rechtsgüter auf unechte Konkurrenz zwischen Art. 187 f. und 197 Abs 3 lit. b geschlossen werden, wobei die Art. 187 und 188 wohl 197 konsumieren würden. Ob aber der Gesetzgeber, der wohl offensichtlich eine Strafschärfung beabsichtigt (Erhöhung der Strafandrohung innerhalb des Pornographieartikels) diese Konsequenz in seine Überlegungen mit einbezogen hat, sei zu bezweifeln gewagt. Letztendlich würde diese Gesetzgebung nämlich dem gesetzten Ziel diametral entgegenlaufen, zumal beim Status quo wohl von einer echten Konkurrenz zwischen Art. 197 und 187f. auszugehen wäre, was in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 zu einer Strafe von maximal 7,5 Jahren (Art. 187) bzw. 4, 5 Jahre (Art. 188) Freiheitsstrafe führen könnte. In der vorgeschlagenen Fassung hingegen könnte maximal 5 Jahre (Art. 187) bzw. 3 Jahre (Art. 188) Freiheitsstrafe ausgefällt werden.

Ziff. 3^{bis}: In der heutigen Fassung des Gesetzestextes ist der blosser Konsum ohne Besitz straflos.¹⁸⁵ Dies soll gestützt auf den Vorentwurf völlig geändert werden – zwar sind Konsum und Handlungen nach Ziff. 3, die für den eigenen Konsum begangen werden, privilegiert, dennoch wird hier eine Strafschärfung vorgenommen und insbesondere auch eine bis anhin straflose Handlung pönalisiert. Das erscheint in Anbetracht des Titels des Vorentwurf doch einigermassen überraschend, zumal das harmonisierende Moment in diesem Fall beim besten Willen nicht erkennbar ist.

¹⁸¹ Bericht, S. 25 ff.

¹⁸² BSK StGB²-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 7, kritisch hierzu: STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, (Fn. 85), § 7 N 2 ff.

¹⁸³ BSK StGB²-MAIER, Art. 187 N 1.

¹⁸⁴ BSK StGB²-MAIER, Art. 188 N 1.

¹⁸⁵ BSK StGB²-MAIER, Art. 197 N 57.

Ziff. 3^{ter}: Keine Bemerkungen.

Ziff. 4: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 62.

Ziff. 4^{bis}: Keine Bemerkungen.

Ziff. 5: Keine Bemerkungen. Zu den grundsätzlichen Problemen bezüglich der Wertungsfrage, wann etwas kulturell oder wissenschaftlich schützenswerten Wert hat vgl. BSK StGB²-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 63 ff. und HAGENSTEIN, AJP 10/2010, S.1293 ff., 1302 f,

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

48. Ad Art. 200 Gemeinsame Begehung

In dieser Bestimmung soll einerseits der Ausdruck „Richter durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden, andererseits die „kann“- in eine „ist“-Formulierung umgewandelt, so dass das Gericht bei einer gemeinsamen Begehung die Strafe erhöhen müsse.¹⁸⁶

Vgl. die allgemeinen Ausführungen S. 22 ff.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

49. Ad Art. 213 Inzest

Die Bestimmung soll aus verschiedenen Gründen aufgehoben werden. Zum einen habe sie eine marginale Bedeutung, zumal durchschnittlich jährlich nur 3-4 Urteile gestützt auf Art. 213 ergehen würden. Mit der Streichung bliebe lediglich der einvernehmliche Beischlaf zwischen blutsverwandten Erwachsenen unbestraft, die praktisch relevanten Fälle von Missbrauch von Kindern und Jugendlichen durch ihre Eltern würden genügend durch die Tatbestände der Art. 187-191 erfasst.

Der Tatbestand ist in seiner heutigen Fassung seit 1990 in Kraft. Auch im Rahmen der Änderung im Jahr 2001 hielt der Bundesrat am Inzestverbot fest, weil er es für den Schutz der intakten Familie wie auch aus eugenischen Gründungen erforderlich hielt. Der Hinweis auf diese Schutzgüter überzeuge nicht, weil der Tatbestand für den Schutz der intakten Familie zu kurz greife: Zum einen werde keine bestehende Ehe im Tatbestand vorausgesetzt zum andern sei nur der Beischlaf mit leiblichen Verwandten strafbar. Dies sei nicht konsequent, im Hinblick darauf, dass auch der sexuelle Missbrauch im Rahmen einer Stief-, Pflege- oder Adoptiofamilie schädlich sei. Schliesslich mache die Beschränkung auf den Beischlaf als Tat handlung wenig Sinn.

Der Tatbestand sei auch nicht geeignet, den vorgebrachten eugenischen Gründen zu begegnen, weil der Tatbestand des Inzests auch ohne Entstehung einer Schwangerschaft oder Geburt eines Kindes erfüllt sei und für nicht blutsverwandte Personen, bei denen aufgrund ihrer Anlagen ein Risiko von Erbkrankheiten bestehen, die Fortpflanzung nicht verboten sei.¹⁸⁷

Es ist durchaus diskutabel, ob der Tatbestand des Inzests in seiner aktuellen Fassung noch Bestand haben sollte, doch ist die Begründung, die im Bericht vorgelegt wird, nicht stringent, um eine Streichung zu rechtfertigen. Zunächst einmal wird hier wie-

¹⁸⁶ Bericht, S. 28.

¹⁸⁷ Bericht, S. 28 f.

derum primär auf die Urteilsstatistik abgestellt, um über die Daseinsberechtigung der Bestimmung zu entscheiden. Das ist so nicht akzeptabel.¹⁸⁸

Dass die Beschränkung auf den Beischlaf als wenig sinnvoll kritisiert wird, erscheint insofern verständlich, als sie zumindest in Bezug auf allfällige eugenische Bedenken gänzlich untauglich ist, um den „Erfolg“ der Zeugung eines mit Erbkrankheiten behafteten Kindes zu unterbinden, zumal selbst der ungeschützte Beischlaf nicht unbedingt zur Zeugung eines Kindes führt, abgesehen davon, dass gemäss Art. 119 ein strafloser Schwangerschaftsabbruch möglich ist.

Im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut ist anzumerken, dass als Blutsverwandtschaft die biologische Beziehung erfasst wird¹⁸⁹, d.h. Beischlaf zwischen Stiefeltern und Stiefkinder sind nicht erfasst ist. Richtig ist auch, dass umgekehrt die Art. 187-191 tatbestandsmässige Handlungen innerhalb der Familie erfassen, unabhängig von der Blutsverwandtschaft. Umgekehrt erscheint zweifelsfrei, dass der Inzest die Entsexualisierung der Familie sicherstellen will (was sich auch aus seiner systematischen Einordnung ergibt). Diese Entsexualisierung nun wird über die Art. 187 ff. gerade nicht erfasst. Ob die Argumente des Berichts ausreichen, um eine Strafbestimmung zu streichen, die doch seit 1996 jährlich zu einer bis sieben Verurteilungen geführt hat, erscheint mehr als fraglich. Zumindest wäre es sinnvoll, eine Diskussion darüber zu führen und solches nicht als Beigemüse einer behaupteten Strafharmonisierung zu behandeln.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung abgelehnt.

50. Ad Art. 219 Abs. 2 Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht

*Bei fahrlässiger Begehung soll das Gericht zwingend eine mildere Strafe aussprechen. Durch diese Einschränkung des richterlichen Ermessens soll eine Verbesserung der Rechtssicherheit erzielt werden. Zudem soll bei diesem Fahrlässigkeitsdelikt nicht eine Busse, sondern Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen ausgesprochen werden können.*¹⁹⁰

Es erscheint als doch sehr speziell, für die fahrlässige Tatbegehung dieselbe Höchststrafe wie für die vorsätzliche Begehung vorzusehen. Da das Verschulden bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, wird ein Gericht der Fahrlässigkeit ohnehin Rechnung tragen müssen. Entscheidend ist aber, dass die Mindeststrafe erhöht wird, indem dem Gericht die Möglichkeit genommen wird, eine Busse auszusprechen. Auch hier liegt also wieder eine Verschärfung vor.

Auch zeigt diese Norm – neben vielen anderen – wie der AT und der BT des StGB verknüpft sind: Während der Bericht von Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen spricht, steht im neuen Gesetzestext nur „Geldstrafe“. Das erscheint bereits als Bezug auf die angestrebte Änderung des Sanktionensystems, welche die Geldstrafe – gesetzliche Ausnahmen vorbehalten – auf eben diese 180 Tagessätze begrenzen will. Die besagte Änderung ist aber noch überhaupt nicht akzeptiert. Ein Vorgehen dieser Art in verschiedenen, im Entstehungsprozess voneinander unabhängigen Vorlagen, erscheint schlicht inakzeptabel.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

¹⁸⁸ Vgl. S. 11 ff.

¹⁸⁹ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 213 N 2.

¹⁹⁰ Bericht, S. 29.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

51. Ad Art. 221 Abs. 3 Brandstiftung

*Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.*¹⁹¹

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

52. Ad Art. 222 Fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst

*Da die Absätze 1 und 2 die gleiche Strafe vorsehen und sich beide auf ähnlich fahrlässige Verhaltensweisen beziehen würden, sei es angemessen, ihre Tatbestände in einem Absatz zusammenzufassen, weshalb Abs. 2 aufgehoben würde.*¹⁹²

In der Lehre wird Art. 222 Abs. 2 StGB klar als qualifizierte Variante betrachtet, wobei natürlich überrascht, dass die gleiche Strafandrohung vorgesehen ist. Dies wird aber nicht eigentlich als Problem angesehen, sondern als Ungereimtheit, die bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen sei.¹⁹³ Während man über eine sinnvollere Ausgestaltung dieser Bestimmung tatsächlich diskutieren kann, ist doch aber auch klar, dass durch den vorliegenden Entwurf nichts zu einer „Harmonisierung“ beigetragen wird. Ausserdem wären auch andere Lösungen denkbar, wie bspw. eine Reduktion der Höchststrafe in Abs. 1.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

53. Ad Art. 223 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachung einer Explosion

*Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.*¹⁹⁴

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

54. Ad Art. 224 Abs. 2 Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht

*Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.*¹⁹⁵

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

¹⁹¹ Bericht, S. 29.

¹⁹² Bericht, S. 29.

¹⁹³ BSK StGB²-ROELLI/FLEISCHANDERL, Art. 222 N 12.

¹⁹⁴ Bericht, S. 30.

¹⁹⁵ Bericht, S. 30.

55. Ad Art. 225 Gefährdung ohne verbrecherische Absicht

Es sei unter dem Gesichtspunkt der Schuld unhaltbar, für das vorsätzlich, aber ohne verbrecherische Absicht begangene Delikt die gleiche Strafe vorzusehen wie für das Fahrlässigkeitsdelikt. Daher sei es angebracht, für diese Fälle je einen gesonderten Absatz vorzusehen. Abs. 1 regle die ohne verbrecherische Absicht begangene Vorsatztat, wobei die angedrohte Strafe unverändert bleibe. Das Fahrlässigkeitsdelikt werde im neuen Absatz 2 geregelt und mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft. Der derzeitige Absatz 2 werde aufgehoben, denn das Verhalten, auf die er sich beziehe, werde durch Absatz 1 und den neuen Absatz 2 abgedeckt. Das Gericht könne durch die Nutzung seines Ermessensspielraums eine geringere Strafe verhängen, wenn das Verhalten des Täters dem derzeitigen Absatz 2 entspreche. Der Randtitel von Art. 225 werde gekürzt und dadurch deutlicher.¹⁹⁶

Während es tatsächlich unhaltbar ist, das Vorsatz- dem Fahrlässigkeitsdelikt gleichzusetzen, ist zu erwähnen, dass die Strafandrohung bei leichten Fällen – die eben gerade gestrichen werden sollen – verschärft wird. Das Gericht hat danach keine Möglichkeit mehr, eine Busse auszusprechen, auch unter Ausnutzung seines (noch verbleibenden) Ermessensspielraums: Es folgt zwingend eine Freiheits- oder Geldstrafe.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

56. Ad Art. 226 Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen

Abs. 1: In dieser Bestimmung wird eine Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe eingeführt, die Geldstrafe hingegen gestrichen mit Verweis auf die Änderungen im AT StGB und die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.7 des Berichts.

Die in den Abs. 2 und 3 vorgesehene Mindeststrafe von 30 Tagessätzen sei nicht angemessen und werde daher aufgehoben mit Verweis auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen würde zwischen 30 und 60 Tagen betragen.¹⁹⁷

Was die Änderung des AT StGB betrifft kann auf die allgemeinen Ausführungen dazu sowie auf die Anmerkungen zu Art. 219 Abs. 2 verwiesen werden.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

57. Ad Art. 226^{bis} Abs. 1 Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen

Bei dieser Bestimmung soll eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe eingeführt werden. Dies rechtfertige sich aus Gründen der Generalprävention im Zusammenhang mit der erheblichen potentiellen Gefahr, die vom Umgang mit radioaktiven Materialien ausgehe. Für diese Änderung spreche auch die Tatsache, dass das Fahrlässigkeitsdelikt im Gegensatz zu den anderen Straftaten des 7. Titels des StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren anstelle von bis zu drei Jahren geahndet wird.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Bericht, S. 30.

¹⁹⁷ Bericht, S. 30.

¹⁹⁸ Bericht, S. 31.

Was die vorgesehene Einführung der Mindeststrafe sowie die generalpräventive Wirkung betrifft, so wurde bereits vorne Stellung genommen.¹⁹⁹ Aus der Tatsache, dass das Fahrlässigkeitsdelikt mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, kann gar nichts abgeleitet werden. Im Gegenteil könnte genausogut wenn nicht besser argumentiert werden, dort sei auf höchstens drei Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren, denn Fahrlässigkeitsdelikte seien grundsätzlich als Vergehen auszugestalten. Die Absurdität der derzeitigen Form zeigt sich schon nur darin, gar eine Verwahrung des fahrlässig handelnden Täters möglich ist, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen²⁰⁰

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

58. Ad Art. 227 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes

*Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.*²⁰¹

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

59. Ad Art. 228 Ziff. 1 Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen

*In Ziff. 1 Abs. 1 sollen nur redaktionelle, nicht aber materielle Änderungen vorgenommen werden, indem die Tatbestandsvarianten zusammengeführt würden. Abs. 2 von Ziff. 1 soll dahingehend geändert werden, dass die Möglichkeit des Gerichts durch die entsprechende Verpflichtung ersetzt wird mit Verweis auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts.*²⁰²

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

60. Ad Art. 229 Abs. 1 Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde

*Die Höchststrafe soll erhöht werden, weil sie im Vergleich zu den anderen Vorsatzdelikten im 7. Titel des StGB und angesichts der verursachten Gefährdung und der möglichen Folgen zu gering sei. Zudem sei unhaltbar, für das Vorsatzdelikt dieselbe Strafe wie für das Fahrlässigkeitsdelikt vorzusehen. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen würden bis zu 90 Tage betragen, lägen jedoch in der Regel unter 30 Tagen.*²⁰³

Nur weil andere Strafnormen desselben Titels höhere Strafandrohungen kennen, heisst das nicht, dass auch diejenige von Art. 229 erhöht werden müsste. Mit derselben Begründung könnte ja auch verlangt werden, dass die Tötlichkeit viel härter bestraft werden müsse, andere Delikte des Titels Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben. Das Problem der gleichen Strafandrohung für das Vorsatz- wie für das Fahr-

¹⁹⁹ Vorn S. 9 ff.

²⁰⁰ Vgl. auch BSK StGB²-ROELLI/FLEISCHANDERL, Art. 226^{bis} N 26.

²⁰¹ Bericht, S. 31.

²⁰² Bericht, S. 31.

²⁰³ Bericht, S. 31.

lässigkeitsdelikt könnte auch in die andere Richtung, nämlich mit einer Strafsenkung in Abs. 2 erreicht werden. Der Änderungsvorschlag ist also nicht sachlich begründet, sondern entspricht bloss dem Wunsch nach mehr Strafe.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

61. Ad Art. 230 Ziff. 1 Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen

Die Höchststrafe soll erhöht werden, weil sie im Vergleich zu den anderen Vorsatzdelikten im 7. Titel des StGB und angesichts der verursachten Gefährdung und der möglichen Folgen zu gering sei. Zudem sei es unhaltbar, für das Vorsatzdelikt dieselbe Strafe wie für das Fahrlässigkeitsdelikt vorzusehen. Zudem sollen die Abs. 1 und 2 der Ziff. 1 vereinigt werden, ohne dass materielle Änderungen vorgenommen würden. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen würden bis zu 90 Tage betragen, lägen jedoch in der Regel unter 30 Tagen.²⁰⁴

Vgl. die Ausführungen zu Art. 229 Abs. 1.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

62. Ad Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 Verbreiten menschlicher Krankheiten

Die Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe in Ziff. 1 Abs. 1 soll aufgehoben werden, weil sie nicht angemessen ist und die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen zwischen 2 und 6 Monaten liege.²⁰⁵

Vgl. die allgemeinen Ausführungen zu Mindeststrafen.²⁰⁶

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

63. Ad Art. 232 Ziff. 1 Verbreiten von Tierseuchen

Die Abs. 1 und 2 der Ziff. 1 werden in einem Absatz zusammengeführt, so dass eine Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe, aber keine Mindeststrafe mehr vorgesehen sei. Die erschwerenden Faktoren aus dem ehemaligen Ziff. 1 Abs. 2 würden bei der Strafzumessung berücksichtigt.²⁰⁷

Faktisch bedeutet diese Änderung eine Strafschärfung für die Fälle, die derzeit unter Art. 232 Ziff. 1 Abs. 1 fallen: Sie sollen neu mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bedroht werden, während nach geltendem Recht Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe gilt. Im Lichte der gesamten Revision überrascht es allerdings, dass dem Gericht zugetraut wird, erschwerende Faktoren ermessensweise zu berücksichtigen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

²⁰⁴ Bericht, S. 31.

²⁰⁵ Bericht, S. 32.

²⁰⁶ Vorn S. 20 ff.

²⁰⁷ Bericht, S. 32.

64. Ad Art. 233 Ziff. 1 Verbreiten von Schädlingen

Die Abs. 1 und 2 der Ziff. 1 werden in einem Absatz zusammengeführt, so dass eine Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe, aber keine Mindeststrafe mehr vorgesehen sei. Die erschwerenden Faktoren aus dem ehemaligen Ziff. 1 Abs. 2 würden bei der Strafzumessung berücksichtigt.²⁰⁸

Vgl. die Ausführungen zu Art. 232 Ziff. 1.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

65. Ad Art. 234 Abs. 1 Verunreinigung von Trinkwasser

Die in Abs. 1 angedrohte Mindeststrafe sei nicht angemessen und soll somit aufgehoben werden.²⁰⁹

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

66. Ad Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter

Ziff. 1 Abs. 2: Die Mindeststrafe soll von 30 Tagessätzen auf 90 Tagessätze angehoben werden, um dem erschwerenden Umstand der Gewerbsmässigkeit angemessen Rechnung zu tragen, mit Verweis auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts. Die Veröffentlichung des Strafurteils soll ebenfalls gestrichen werden, da sie nicht mehr notwendig sei, weil sie auf eine Zeit zurückgehe, in der die Schweiz noch stärker ländlich geprägt gewesen sei und in der das Futter und dessen Qualität mehr Menschen betroffen hätten als heute.

Ziff. 2: Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe beträgt. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafrahmen des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafrahmen von Ziff. 2 erhöht werden. Die Änderungen des AT StGB würden dabei berücksichtigt.²¹⁰

Es ist selbstwidersprüchlich, wenn einerseits gesagt wird, früher habe das Futter und dessen Qualität mehr Menschen betroffen als heute, gleichzeitig aber die Mindeststrafe verdreifacht werden soll. Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Bezüglich Ziff. 2 wird apodiktisch behauptet, die Strafandrohung von Ziff. 1 sei angemessen und die Diskrepanz zu Ziff. 2 sei zu gross. Dies wird nicht näher begründet, aber trotzdem scheint den Verfassern des Entwurfs klar, dass die Strafe von Ziff. 2 angehoben werden müsse, nicht etwa umgekehrt diejenige von Ziff. 1 gesenkt – obwohl laut Bericht die Bestimmung nicht mehr so wichtig sei wie früher. Ein Blick in die Strafurteilsstatistik zeigt denn auch, dass seit 1984 nur ein einziges (!) Urteil ausgesprochen wurde, und zwar im Jahre 1988.²¹¹

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

²⁰⁸ Bericht, S. 32.

²⁰⁹ Bericht, S. 32.

²¹⁰ Bericht, S. 32 f.

²¹¹ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzeln.html

67. Ad Art. 236 Abs. 1 und 2 Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Futter

Abs. 1: Die Veröffentlichung des Strafurteils soll gestrichen werden. Als Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 235 Ziff. 1 verwiesen.

Abs. 2: Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe beträgt. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafrahmen des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafrahmen von Abs. 2 erhöht werden. Die Änderungen des AT StGB würden dabei berücksichtigt.²¹²

Es kann auf die Ausführungen zu Art. 235 StGB verwiesen werden, allerdings erfolgte im Unterschied dazu seit 1984 nicht eine, sondern gar keine Verurteilung gestützt auf Art. 236 StGB.²¹³

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

68. Ad Art. 237 Ziff. 1 Störung des öffentlichen Verkehrs

Aus den derzeitigen Art. 237 und 238 soll ein neuer Artikel 237 (nach der Struktur des bestehenden Art. 237) geschaffen werden, da eine Sonderstellung des Eisenbahnverkehrs nicht mehr gerechtfertigt sei. Die Höchststrafe von Ziff. 1 Abs. 1 soll auf 10 Jahre Freiheitsstrafe erhöht, die Strafandrohung von Ziff. 1 Abs. 2 nicht verändert werden. Wie im bisherigen Art. 238, aber im Gegensatz zum aktuellen Art. 237 soll in Ziff. 1 Abs. 1 das fremde Eigentum als geschütztes Rechtsgut aufgeführt werden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit soll die in Ziff. 1 Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit der Gerichte, die betreffende Strafe zu verhängen, durch eine entsprechende Verpflichtung ersetzt werden.

Das Erfordernis der „erheblichen“ Gefährdung des bisherigen Art. 238 Abs. 2, soll nicht in Art. 237 Ziff. 2 übernommen werden. Dieses Erfordernis, ursprünglich zur Privilegierung des Bahnpersonals bei geringfügigen Zwischenfällen vorgesehen, ermögliche Dritten, der Strafe zu entgehen. Zudem beschränke das Schuldnerfordernis, das alle Fahrlässigkeitsdelikte betreffe, die Anwendungsfälle von Ziffer 2.²¹⁴

Dieser neue Art. 237 bedeutet eine enorme Verschärfung der Strafandrohung im Bereich des geltenden Art. 237 Ziff. 1 Abs. 1, indem die angedrohte Höchststrafe mehr als verdreifacht wird. Das alleine wäre schon störend genug, wird aber dadurch, dass neu auch die Gefährdung von blossem Eigentum strafbar wird, unhaltbar. Die Lehre kritisierte das freilich bereits beim geltenden Art. 238 als zu weit gehend.²¹⁵ Nichtsdestotrotz soll künftig bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe riskieren, wer mittels Störung des öffentlichen Verkehrs Eigentum (nur!) gefährdet. Inwiefern das bspw. mit der Sachbeschädigung „harmonisiert“, bleibt ein Rätsel.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Es entspricht dem Tenor dieser Vorlage, dass das einzige die Strafbarkeit etwas einschränkende Element von Art. 238 Abs. 2 – das Wort „erheblich“ – natürlich nicht in

²¹² Bericht, S. 32 f.

²¹³ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzelnen.html

²¹⁴ Bericht, S. 33 f.

²¹⁵ Vgl. BSK StGB2-Schwaibold, Art. 238 N 14 m.H.

Art. 237 Ziff. 2 übernommen werden soll, nur aus Angst, jemand könnte der Strafverfolgung entgehen.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

69. Ad Art. 238 Störung des Eisenbahnverkehrs

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 237 verwiesen wird.*²¹⁶

Vgl. die Ausführungen zu Art. 237.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

70. Ad Art. 239 Ziff. 2 Störung von Betrieben im Dienste der Allgemeinheit

*Es sei unhaltbar, für das vorsätzlich begangene Delikt die gleiche Strafe vorzusehen wie für das Fahrlässigkeitsdelikt in Ziff. 2, das unter dem Gesichtspunkt der Schuld weniger schwer wiege. Die maximale Freiheitsstrafe in Ziff. 2 soll auf ein Jahr Freiheitsstrafe gesenkt werden, da sich Art. 239 Ziff. 2 – im Gegensatz zu Art. 237 Ziff. 2 mit höherer Strafandrohung – nicht auf die Gefährdung von Leib und Leben beziehe. Die durchschnittliche Dauer der tatsächlich wegen Art. 239 verhängten Freiheitsstrafen liege in der Regel deutlich unter dreissig Tagen. Aus sprachlichen Gründen werde der Randtitel der deutschen Fassung geändert.*²¹⁷

Hier finden wir eine Ausnahme: Es wird tatsächlich ein Strafraum entschärft. Leider muss der sprachliche Verbesserungsversuch als gescheitert betrachtet werden, da wohl kaum derjenige gemeint ist, welcher sich im Dienste der Allgemeinheit gegen Betriebe auflehnt und diese stört.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

71. Ad Art. 240 Geldfälschung und Geldverfälschung

*Es sei angebracht, die Art. 240 und 241 zu einem neuen Art. 240 zusammenzuführen, weil kein Grund dafür bestehe, für die beiden Verhaltensweisen unterschiedliche Strafen vorzusehen. Angesichts der Fortschritte der Technik, sei die kriminelle Energie, die der Täter für eine Fälschung aufwenden muss, geringer als früher und mit jener des Täters vergleichbar, der eine Verfälschung vornimmt. Der Randtitel würde entsprechend erneuert und die Freiheitsstrafe in Art. 240 Abs. 1 auf 10 Jahre reduziert. Im Verhältnis zum aktuellen Art. 241, der gestrichen werden soll, bedeute dies hingegen eine Erhöhung der Maximalstrafe von fünf Jahre auf 10 Jahre Freiheitsstrafe. Die Mindeststrafe in Art. 240 Abs. 1 soll aufgehoben werden, weil sie für leichte Fälle zu streng sein könne. Daher könne Art. 240 Abs. 2 aufgehoben werden, zumal das Verhalten und die Strafe durch den neuen Abs. 1 abgedeckt sei. In Anwendung ihres Ermessens könnten die Gerichte eine geringere Strafe verhängen, wenn das Verhalten des Täters dem derzeitigen Abs. 2 entspreche. Die durchschnittliche Dauer der ausgefallenen Freiheitsstrafen zu Art. 240 und 241 betrage bis über drei Jahre, lägen aber in der Regel bei etwa einem Jahr.*²¹⁸

Vgl. NIGGLI, Geldfälschung, Art. 241 N 6 und BSK StGB²- LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 241 N 24. Besonders ist anzumerken, dass die hier eher als harmloser beschriebene kriminelle Energie der Geldfälscher in Art. 242 als sehr viel schlimmer dargestellt

²¹⁶ Bericht, S. 34.

²¹⁷ Bericht, S. 34.

²¹⁸ Bericht, S. 35.

wird und daher als Argument dient, den Strafraumen zu erweitern (vgl. Ausführungen zu Art. 242).

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

72. Ad Art. 241 Geldverfälschung

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 240 verwiesen wird.*²¹⁹

Vgl. Ausführungen zu Art. 240.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

73. Ad Art. 242 Inumlaufsetzen falschen Geldes

Abs. 1: Der Strafraumen in Art. 242 soll mit demjenigen in Art. 240 übereinstimmen. Derjenige, welcher falsches Geld in Umlauf setze, zeige ein Verhalten, welches das betreffende geschützte Rechtsgut „konkreter“ gefährde bzw. einen grösseren Schaden verursache, als die Person, die Geld fälsche. Dies genüge, um die höhere kriminelle Energie der Person zu kompensieren, die Geld fälsche. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafe betrage bis über fünf Monate, liege aber in der Regel bei etwa zwei Monaten.

*Abs. 2 soll aufgehoben werden, weil das Verhalten und die Strafe durch den neuen Abs. 1 abgedeckt würden. Durch Nutzung ihres Ermessensspielraums könnten die Gerichte eine geringere Strafe verhängen, wenn das Verhalten des Täters dem derzeitigen Abs. 2 entspreche*²²⁰

Obschon das geschützte Rechtsgut von Art. 240 und Art. 242 identisch ist – geschützt wird die Sicherheit des Rechtsverkehrs²²¹ – und es sich in beiden Fällen um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, ist derzeit die Strafdrohung von Art. 240 für nicht leichte Fälle Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, für Art. 242 hingegen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Die höhere Strafdrohung in Art. 240 erklärt sich damit, dass Geldfälschen ein besonders hohes Mass an krimineller Energie verrät.²²² Diesem Umstand wird im Bericht überhaupt nicht Rechnung getragen, vielmehr wird bei identischem Wortlaut des Tatbestandes (nicht der Rechtsfolge!) der Tat handlung bzw. dem Täter förmlich kriminelle Energie aufoktroiert, um damit die Erhöhung der Strafdrohung zu rechtfertigen.

Zudem ist jedoch wichtig in diesem Zusammenhang auch anzumerken, dass die Konkurrenzsituation zu Art. 240 in einem neueren Entscheid des Bundesgerichts BGE 133 IV 260 f. dahingehend entschieden wurde, dass die beiden Bestimmungen in echter Konkurrenz zueinander stehen.²²³ Ausgehend von dieser Praxis des Bundesgerichts hätte die Erhöhung des Strafraumens in Art. 240 und Art. 242 fatale Auswirkungen auf Fälle, in denen der Täter das Geld fälscht und es danach in Umlauf bringt, weil er in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 StGB neu max. 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt werden könnte. Ob diesem Umstand in den Überlegungen zur

²¹⁹ Bericht, S. 36.

²²⁰ Bericht, S. 36.

²²¹ TRECHSEL ET AL, Praxiskommentar, Art. 240 N 1.

²²² TRECHSEL ET AL, Praxiskommentar, Art. 242 N 5.

²²³ BGE 133 IV 256 E. 4.2, wobei die Praxis zunächst von Realkonkurrenz ausgegangen war (TRECHSEL ET AL, Praxiskommentar, Art. 242 N 5 m. Hinw.).

Erhöhung der beiden Strafraumen Rechnung getragen wurde, kann bezweifelt werden.

Der Hinweis auf die durchschnittlich ausgefallten Freiheitsstrafen schliesslich liefert u.E. auch keinerlei Grundlage, um die Erhöhung der Strafdrohung zu rechtfertigen.

Die Begründung zur Streichung von Abs. 2 mutet denn auch fast ironisch an, wenn auf die Nutzung des Ermessen des Gerichts verwiesen wird, um eine geringere Strafe auszusprechen, wird doch gerade dieses Vorgehen vom Bericht stark bemängelt. Im Übrigen wird auch hier verkannt, dass die besondere Hervorhebung einer Tat handlung im Gesetz nicht schlicht deshalb nicht mehr von Nöten ist, weil ihre Strafdrohung derjenigen des „Grundtatbestandes“ entspricht – was hier zudem bei einer Änderung des Strafraumens sowieso nicht mehr der Fall wäre.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

74. Ad Art. 243 Abs. 2 Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht

*Der Strafraumen von Abs. 2 soll auf Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe angehoben werden, weil der Unterschied zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt zu gross sei und der Strafraumen für das Vorsatzdelikt angemessen sei.*²²⁴

Die Angemessenheit einer Strafdrohung ist kein messbarer Wert und daher als Argument für die Änderung irgendeiner Norm gänzlich untauglich. Dies wurde bereits weiter oben ausgeführt.²²⁵ Dass die Änderung des Strafraumens zusätzlich zur Folge hat, dass aus einer Übertretung ein Vergehen wird (mit all seinen Konsequenzen²²⁶), wird im Bericht mit keiner Silbe erwähnt.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

75. Ad Art. 244 Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes

*Die Höchststrafe soll in Abs. 1 auf fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Abs. 2 aufgehoben werden soll und diejenigen Fälle, in denen sich das Delikt auf grosse Mengen bezieht, ebenfalls neu unter Abs. 1 erfasst werden müssten. Abs. 2 soll gestrichen werden, weil das Mengenkriterium durch das Gericht in Anwendung seines Ermessensspielraums bei der Strafzumessung berücksichtigt werden könne. Zudem spiele das Kriterium der Menge in den anderen Tatbeständen des zehnten Titels keine Rolle.*²²⁷

Es kann auf die Ausführungen zu Art. 242 Abs. 2 verwiesen werden. Zusätzlich ist aber anzumerken, dass die Aussage, das Kriterium der Menge spiele in den anderen Tatbeständen des 10. Titels keine Rolle, wohl wenn schon eher als Indiz aufgefasst werden könnte, dass das Mehr an Unrecht in solchen Fällen grundsätzlich im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden kann und zwar gerade, wenn ja die durchschnittliche Dauer der Freiheitsstrafe in der Regel zwischen einem und zwei Monaten und die höchste ausgesprochene Strafe bis dato bei zwei Jahren Freiheits-

²²⁴ Bericht, S. 36.

²²⁵ Vgl. S. 14 ff.

²²⁶ Z.B. Strafregistereintrag gemäss Art. 3 Abs. 1 lit a VOSTRA-Verordnung, Verjährung gemäss Art. 97 und 99 StGB.

²²⁷ Bericht, S. 36.

strafe liegt. In keiner Weise gibt sie aber einen Hinweis darauf, dass eine Erhöhung der Höchststrafe notwendig wäre.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

76. Ad Art. 245 Fälschung amtlicher Wertzeichen

*Die Höchststrafe dieser Bestimmung soll auf fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden, weil es unbefriedigend sei, eine tiefere Strafe für diese Verhaltensweisen vorzusehen, als für jene, die unter Art. 251 fielen. Zudem seien die nach Art. 245 verfolgten Verhaltensweisen gleich schwer zu werten wie jene in Art. 248. Die durchschnittliche Dauer der ausgefallten Freiheitsstrafen liege deutlich unter dreissig Tagen.*²²⁸

Art. 245 schützt amtliche Wertzeichen²²⁹, Art. 251 schützt „Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“²³⁰, wobei Art. 245 als Spezialbestimmung Art. 251 vorgeht.²³¹ Inwiefern die mit Art. 245 erfassten Verhaltensweisen mit denjenigen in Art. 248 vergleichbar wären, wird ebenfalls nicht ausgeführt. Was genau unbefriedigend ist an der Ist-Situation, bleibt ein Rätsel, vor allem angesichts des Hinweises auf die durchschnittliche Dauer der ausgefallten Freiheitsstrafen, die offenbar deutlich unter dreissig Tagen liegen. Dies kann doch nur bedeuten, dass der geltende Strafrahmen bereits weit genug ist, um sämtliche Fälle von Art. 245 verschuldensgerecht bestrafen zu können.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

77. Ad Art. 246 Fälschung amtlicher Zeichen

*Da die vorgesehene Höchststrafe zu tief sei, soll sie auf fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden. Die in Art. 246 erwähnten Verhaltensweisen seien – wie jene in Art. 245 – als gleich schwer zu werten wie jene, die von Art. 248 erfasst würden.*²³²

Art. 248 schützt als abstraktes Gefährdungsdelikt Treu und Glauben in Handel und Verkehr und geht als *lex specialis* Art. 246 vor.²³³ Es ist daher alles andere als naheliegend, die Strafdrohung von Art. 246 an Art. 248 anzupassen, zumal der Bericht nebst der generellen Aussage keine Argumente dafür liefert, inwiefern die mit Art. 246 erfassten Verhaltensweisen mit denjenigen in Art. 248 vergleichbar wären.

Die Änderung wird abgelehnt.

78. Ad Art. 247 Abs. 2 Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten

*Abs. 2 soll aufgehoben werden, weil das erfasste Verhalten bereits durch die Art. 240, 241 und 245 abgedeckt werde und der Täter sich regelmässig auch nach Art. 312 schuldig mache.*²³⁴

Vgl. BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 247 N 29.

²²⁸ Bericht, S. 37.

²²⁹ BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 245 N 6 f. und 9 ff.; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 245 N 1.

²³⁰ BSK StGB²-BOOG, Vor Art. 251 N 5; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 251 N 1.

²³¹ BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 245 N 34; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 251 N 20.

²³² Bericht, S. 37.

²³³ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 248 N 1 und 6; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 126.

²³⁴ Bericht, S. 37.

79. Ad Art. 250 Geld, amtliche Wertzeichen und amtliche Zeichen des Auslandes

Der Geltungsbereich von Art. 250 soll auf amtliche Zeichen (Art. 246) ausgedehnt werden, weil im Gegensatz zur Fälschung und Verfälschung privater Beweiszeichen des Auslandes seien die Fälschung und Verfälschung von amtlichen Beweiszeichen des Auslandes aktuell nicht strafbar, was unbefriedigend sei.

Äusserst humorvoll mutet die Bemerkung an, dass „**im Bestreben nach Kohärenz**“ der Geltungsbereich von Art. 250 auf die amtlichen Zeichen ausgedehnt würde. Grundsätzlich aber keine Bemerkungen, vgl. BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 250 N 9 m. Hinw.

80. Ad Art. 251 Ziff. 2 Urkundenfälschung

Ziff. 2 der Bestimmung soll aufgehoben werden, weil das Verhalten und die Strafe, durch Ziff. 1 abgedeckt werden und das Gericht in Anwendung seines Ermessensspielraums eine geringere Strafe verhängen könne, wenn das Verhalten des Täters der derzeitigen Ziff. 2 entspreche.²³⁵

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 21 ff.

Vgl. Ausführungen zu Art. 242 Abs. 2

81. Ad Art. 259 Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit

Schutzobjekt der Bestimmung sei der öffentliche Friede. Seit der Revision des AT StGB betrage die Strafandrohung für Abs. 1 und Abs. 2 jeweils bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Damit sei die Unterscheidung zwischen den beiden Tatbeständen hinfällig geworden. Im Sinn einer redaktionellen Änderung könnten die beiden Absätze zusammengefügt werden.²³⁶

Mit dieser redaktionellen Korrektur wird der Gesetzestext um einiges unklarer, da es nun heissen soll: „Wer öffentlich zu einem Verbrechen oder einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen auffordert...“ Bis dato ist klar, dass Art. 259 einerseits sämtliche Verbrechen erfasst, andererseits aber auch diejenigen Vergehen (und nur die) mit Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen. Dies lässt sich dem umformulierten Tatbestand mittels grammatikalischer Auslegung nicht mehr entnehmen, es könnten nebst Vergehen genauso gut auch nur Verbrechen mit Gewalttätigkeiten gemeint sein. Da bleibt dann – sofern man keine Einschränkung des Anwendungsbereichs erzielen will – einzig noch die historische Auslegung. Das aber schafft nun gerade Rechtsunsicherheit, und nicht etwa richterliches Ermessen.

Die Änderung wird abgelehnt.

82. Ad Art. 260^{ter} Ziff. 2 Kriminelle Organisation

Der Ausdruck „Richter“ soll durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden.²³⁷

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

²³⁵ Bericht, S. 38.

²³⁶ Bericht, S. 38

²³⁷ Bericht, S. 38.

83. Ad Art. 260^{quater} Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen

Seit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1999 habe die Bestimmung nur eine geringe praktische Bedeutung erlangt (7 Urteile bis 2007). Bestraft würden abstrakt gefährliche Vorbereitungshandlungen zu einem Gewalt- oder Freiheitsdelikt, wobei nicht erforderlich sei, dass ein Delikt tatsächlich begangen worden sei. Angesichts dessen, dass Verhaltensweisen tatbestandsmässig seien, die mangels Haupttat nicht einmal Gehilfenschaft wären, erscheine die Strafandrohung als viel zu hoch. Eine Senkung der Höchststrafe auf drei Jahre schein deshalb angemessen.

Die Subsidiaritätsklausel „sofern kein schwererer Straftatbestand erfüllt ist“ sei gesetzgebungstechnisch missglückt, weil sie dazu führe, dass bei Delikten mit gleicher oder geringerer Strafandrohung die Haftung nach Art. 25 (Gehilfenschaft) ausnahmslos verdrängt werde; sie sei deshalb zu streichen.²³⁸

Man könnte auch durchaus der Ansicht sein, dass für eine Strafbarkeit, die u.U. nicht einmal Gehilfenschaft ist, auch die Strafandrohung von drei Jahren viel zu hoch ist. Die Argumentationsweise des Berichts zeigt einmal mehr, dass das Konzept von Strafrahmen und -zumessung (relativ grosse Strafrahmen, ausgefallte Strafen üblicherweise im unteren Teil davon) wenig bekannt oder berücksichtigt worden ist (vgl. dazu die Ausführungen oben unter S. 21 f.)

Die Subsidiaritätsklausel ist in der Lehre tatsächlich auf Kritik gestossen.²³⁹ Offensichtlich geht es um die Abgrenzung von Art. 260^{quater} zur Gehilfenschaft. Ob diese Abgrenzung nach der ersatzlosen Streichung der Subsidiaritätsklausel klarer oder sinnvoller ausgestaltet ist, kann dem Bericht nicht entnommen werden.

Schliesslich ist noch anzumerken, dass allenfalls hier eine Anpassung des Randtitels angezeigt wäre, da es nicht um eine unmittelbare Gefahr für die Öffentlichkeit, sondern um ein Verhalten, das zu Delikten beitragen kann.²⁴⁰

84. Ad Art. 263 Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit

Diese Strafbestimmung schütze kein spezifisches Rechtsgut und habe nur geringe praktische Bedeutung (von 1997 bis 2007 durchschnittlich 36 Verurteilungen pro Jahr). Bestraft werde der Täter für die Gefährdung, die er mit der Herbeiführung seiner Zurechnungsunfähigkeit schuldhaft bewirkt und die sich in seiner Rauschtat manifestiert habe. Art. 263 sei nach einhelliger Lehre und Praxis mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar. Einerseits bezwecke Art. 263 die Bestrafung für die per Definition nicht schuldhaft verübte Rauschtat, und andererseits sei für die vorsätzliche und die fahrlässige Tatbegehung die gleiche Strafe angedroht. Das Bundesgericht habe diese Bestimmung bereits in BGE 104 IV 249 als Fremdkörper im StGB bezeichnet. Angesichts dieser geringen Bedeutung und der Unvereinbarkeit mit den Prinzipien unseres Strafrechts könne Art. 263 ersatzlos gestrichen werden.²⁴¹

Der Begründung kann nur Widersprüchliches zur Frage entnommen werden, wofür der Täter eigentlich bestraft wird, denn es werden sowohl die Gefährdung, als auch die Rauschtat selbst gleichrangig genannt. Das kann aber nicht gleichzeitig angenommen werden: Entweder liegt das Unrecht in der Herbeiführung des gefährlichen Rauschs (wobei die Verübung der Rauschtat als unwiderlegbares Indiz der Gefähr-

²³⁸ Bericht, S. 38.

²³⁹ GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., Bern 2008, § 40 N 42, welche sie als „besonderes Kuriosum“ bezeichnen.

²⁴⁰ STRATENWERTH/BOMMER, (Fn. 239), § 40 N 37.

²⁴¹ Bericht, S. 39-40.

lichkeit dient), oder aber doch in einer Erfolgshaftung für die Rauschtat. Richtig ist, dass Art. 263 bezüglich des Schuldgrundsatzes gelinde gesagt problematisch ist, was zu entsprechender Kritik in der Lehre geführt hat.²⁴²

Angesichts der übrigen Ausgestaltung des vorliegenden Entwurfs überrascht es allerdings doch sehr, dass diese Bestimmung – die immerhin seit Beginn im StGB enthalten war – unter blossem Verweis auf das Schuldprinzip mit einem Federstrich eliminiert werden soll. Der Frage, wie diese Bestimmung überhaupt Eingang in das StGB fand, wird nicht nachgegangen. Dies soll nachgeholt werden: Art. 263 liegt das Empfinden zu Grunde, dass es unerträglich wäre, wenn ein Täter einer unter Umständen schwersten Straftat der Bestrafung nur deshalb entgehen könnte, weil er im Augenblick der Tat schwer berauscht und deshalb schuldunfähig war. Es handelt sich um ein kriminalpolitisches Bedürfnis, welchem der Gesetzgeber – entgegen dem abschliessenden Vorentwurf der Expertenkommission und auch entgegen dem bundesrätlichen Entwurf – bewusst auf Kosten des Schuldprinzips nachlebte. Im Nationalrat wurde damals befürchtet, den Rauschtäter nicht zu bestrafen hiesse „das Schuldprinzip zu Tode zu reiten“, was die Öffentlichkeit nicht verstehen würde.²⁴³

Gerade bei dogmatisch wie kriminalpolitisch so einer heiklen Bestimmung wäre auch der Blick über die Grenzen angezeigt gewesen. Deutschland und Österreich kennen eine ähnliche Regelung. Frankreich und Italien demgegenüber anerkennen selbstverschuldete Trunkenheit nicht als zureichenden Grund für Unzurechnungsfähigkeit. Entsprechend entbehren sie einer besonderen Regelung der Rauschtat.²⁴⁴

Im Rahmen einer Abwägung, ob Art. 263 beizubehalten, abzuändern oder aufzuheben sei, hätten all diese Punkte – und zweifellos noch viele mehr – sorgfältig analysiert und gegeneinander abgewogen werden müssen. Vor allem, wenn man dem übrigen Bericht Glauben schenkt, wonach das Interesse der Öffentlichkeit am Strafrecht angewachsen sei. Die Art und Weise aber wie hier vorgegangen wurde, ist weder nachvollziehbar noch akzeptabel.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

85. Ad Art. 266^{bis} Abs. 2 Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen

Die Bestimmung soll so geändert werden, dass in Fällen von Abs. 2 die Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe zwingend zur Anwendung komme. Wenn das Gericht einen schweren Fall bejahe, solle die Frage, ob die Mindeststrafe anzuwenden ist, fortan nicht mehr im Ermessen des Gerichts liegen. Dadurch werde die Rechtssicherheit verbessert.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S.22 ff.

Die Änderung wird abgelehnt.

86. Ad Art. 268 Verrückung staatlicher Grenzzeichen

Die maximale Freiheitsstrafe soll auf drei Jahre gesenkt und damit an Art. 256 (Verrückung privater Grenzzeichen) angeglichen werden, da es sich – auch bezüglich Unrecht – um ähnliche Tatbestände handle. Zudem erscheine die verringerte Höchststrafe angemessen.

²⁴² Z.B. STRATENWERTH/BOMMER, (Fn. 239), § 40 N 52 ff.

²⁴³ STRATENWERTH/BOMMER, (Fn. 239), § 40 N 53; BSK StGB²-BOMMER, Art. 263 N 2.

²⁴⁴ BSK StGB²-BOMMER, Art. 263 N 5.

Keine Bemerkungen.

87. Ad Art. 270 Tätliche Angriffe auf schweizerische Hoheitszeichen

*Schutzobjekt seien die schweizerischen Hoheitszeichen. Mit der Senkung der maximalen Freiheitsstrafe auf ein Jahr soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Strafbestimmung vorwiegend nur symbolische Bedeutung habe, weshalb die verringerte Höchststrafe in jedem Fall angemessen erscheine. Parallel werde auch die Höchststrafe von Art. 298 (Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen) auf ein Jahr Freiheitsstrafe reduziert.*²⁴⁵

Sofern man die Ehre und Autorität des Staats als Hoheitsinteressen schützen will, indem man tätliche Angriffe auf seine Symbole strafrechtlich sanktioniert: Keine Bemerkungen.

Allerdings würde bei einer Aufhebung dieser Strafnorm nicht jeder „Angriff“ straf-frei, unrechtmässige Aneignung (Art. 137), Diebstahl (Art. 139), Sachentziehung (Art. 141) oder Sachbeschädigung (Art. 141) könnten zur Anwendung gelangen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

88. Ad Art. 275^{bis} Staatsgefährliche Propaganda

*Die Strafbestimmung habe keine praktische Bedeutung, seit 1960 seien keine Verurteilungen erfolgt. Sie könne daher gestrichen werden.*²⁴⁶

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 13 ff.

Die Änderung wird abgelehnt.

89. Ad Art. 275^{ter} Rechtswidrige Vereinigung

*Die Strafbestimmung sei einerseits aufgrund der ausufernden Strafbarkeit rechtsstaatlich kaum haltbar, andererseits habe sie keine praktische Bedeutung: Seit 1960 seien keine Verurteilungen erfolgt. Sie könne daher gestrichen werden.*²⁴⁷

Tatsächlich ist die von Art. 275^{ter} umfasste Strafbarkeit sehr weit. Dass eine seit dem 5.1.1951 in Kraft stehende Bestimmung deshalb mit einer Begründung i.e.S. von 7 Zeilen eliminiert wird, erstaunt aber doch.

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 13 ff.

Die Änderung wird abgelehnt.

90. Art. 276 Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten

Diese Strafnorm soll aufgehoben werden. Sie regle einen Sondertatbestand, welcher nur in Friedenszeiten und von Zivilpersonen begangen werden könne. Das Pendant im MStG sei Art. 98, der aber beibehalten werden soll. Art. 276 StGB habe jahrzehntelang zur Strafverfolgung von Personen gedient, die öffentlich zur Militärdienstverweigerung aufgerufen hatten. Mittlerweile habe sich in der Schweiz die Haltung gegenüber Militärdienstverweigerern ge-

²⁴⁵ Bericht, S. 39

²⁴⁶ Bericht, S. 39 f.

²⁴⁷ Bericht, S. 40.

ändert, es gäbe den zivilen Ersatzdienst und seit 1992 seien Aufrufe zur Verletzung militärischer Dienstpflichten nicht mehr strafrechtlich verfolgt worden. Die Bestimmung habe keine praktische Bedeutung mehr, weshalb sie gestrichen werden könne.

Wie bereits eingehend dargelegt, lässt sich die Strafwürdigkeit eines Verhaltens nicht über die Anzahl Verurteilungen bestimmen.²⁴⁸ Über die Frage, ob diese Strafbestimmung in Friedenszeiten notwendig²⁴⁹ sei – im Falle des aktiven Dienstes könnten gestützt auf Art. 4 MStG das Pendant Art. 98 MStG auch auf Zivilpersonen anwendbar erklärt werden – kann man verschiedener Meinung sein.

Nicht reflektiert wurde offenbar das Verhältnis zu Art. 259 StGB, der in veränderter redaktioneller Form aufrechterhalten wird: Dieser Artikel stellt das öffentliche Auffordern zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen unter Strafe, was sich aber nicht auf Tatbestände des StGB beschränkt. Richtig ist, dass die öffentliche Aufforderung zu Militärdienstverweigerung in Friedenszeiten straflos würde (Art. 81 MStG ist nur im Aktivdienst ein Verbrechen, sonst ein Vergehen), nicht aber die Anstiftung dazu (die üblichen Regeln zur Täterschaft und Teilnahme berührt die beabsichtigte Aufhebung von Art. 276 nicht). Unter dem Titel der Dienstverletzungen (Art. 72-80 MStG) findet sich mit Art. 73 MStG (Missbrauch und Verschleuderung von Material) ein Vergehen, das durchaus Gewalt gegen Sachen enthalten kann und damit in den Anwendungsbereich von Art. 259 StGB geraten würde. Die Meuterei (Art. 63 MStG) ist hingegen ein Verbrechen, entsprechend kann die öffentliche Aufforderung dazu auch nach Aufhebung von Art. 276 StGB gestützt auf Art. 259 StGB bestraft werden (allerdings mit einer erheblich geringeren Strafandrohung als nach Art. 276 Ziff. 2 StGB).

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 13 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

91. Ad Art. 277 Fälschung von Aufgeboten oder Weisungen

Diese Bestimmung soll offenbar nur aufgehoben werden, weil sie praktisch keine Bedeutung habe. Seit 1969 seien dazu nur 11 Urteile ergangen.

Wie bereits eingehend dargelegt, lässt sich die Strafwürdigkeit eines Verhaltens nicht über die Anzahl Verurteilungen bestimmen.²⁵⁰

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 13 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

92. Ad Art. 278 Störung des Militärdienstes

Die Begründung gibt zuerst wieder, was der Tatbestand rege, was Schutzobjekt sei, und was bezüglich der Konkurrenzen gelte. Dann wiederum die mittlerweile bekannte Formel von wegen geringer praktischer Bedeutung und weniger Urteile.

²⁴⁸ Vgl. vorn S. 12 ff.

²⁴⁹ Auffällig ist, dass der Tatbestand laut dem Bericht „nur in Friedenszeiten“ begangen werden könne, als ob Friedenszeiten die Ausnahme wären.

²⁵⁰ Vgl. vorn S. 12 ff.

Vgl. dazu die Bemerkung zu Art. 277.

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 13 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

93. Ad Art. 282 Ziff. 2 Wahlfälschung

Es wird eine Erhöhung der Mindeststrafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe vorgeschlagen, um eine sinnvolle Abstufung zwischen Grundtatbestand und der qualifizierten Tatbegehung in Ziff. 2 zu erreichen.

Diese Begründung ist verwirrend, zumal als Grundtatbestand in der Lehre Ziff. 1 der Bestimmung, als qualifizierte Form Ziff. 2 i.V.m. Ziff. 1 angesehen wird.²⁵¹ Insofern ist eine Abstufung durchaus schon vorhanden, wenn die Tathandlungen nach Ziff. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe geahndet werden, die qualifizierte Form der Wahlfälschung in Ziff. 2 mit Freiheitsstrafe bis drei Jahren oder Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen und zusätzlich noch die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe verbunden werden kann.²⁵² Wieso hier also eine Strafschärfung veranlasst werden soll, leuchtet nicht ein.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

94. Ad Art. 283 Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses

Die Höchststrafe soll auf ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe gesenkt werden und zwar in Anpassung an den vergleichbaren Tatbestand von Art. 179 (Verletzung des Schriftgeheimnisses).

Art. 283 schützt das Geheimnis schriftlicher Abstimmungen und Wahlen.²⁵³ Von Art. 179 hingegen wird die Sphäre der vertraulichen Kommunikation als Teilbereich der Privatsphäre gegen unbefugtes Öffnen verschlossener Schriftstücke und Pakete sowie gegen Verwendung von dadurch erlangten Kenntnissen geschützt.²⁵⁴ Die beim Öffnen des Stimmcouverts erfolgende Verletzung des Schriftgeheimnisses nach Art. 179 Abs. 1 wird durch Art. 283 konsumiert.²⁵⁵ Nach aktueller Rechtslage sind – abgesehen davon, dass durch beide Normen ein Geheimnis (Schriftgeheimnis bei Art. 179, Geheimnis schriftlicher Abstimmungen und Wahlen bei Art. 283) geschützt wird – kaum Gemeinsamkeiten ersichtlich. So ist die Strafordrohung nach Art. 179 Busse, d.h. es handelt sich um eine Übertretung im Gegensatz zur Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses, die ein Vergehen darstellt und Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe androht. Darüber hinaus erfolgt die Strafverfolgung bei Art. 283 von Amtes wegen, die Verletzung des Schriftgeheimnisses hingegen stellt ein Antragsdelikt dar.

Elegant hat man die Diskrepanz der Strafordrohungen im Vorentwurf gelöst, indem schlicht Art. 179 zu einem Vergehen angehoben wurde (Freiheitsstrafe bis zu einem

²⁵¹ BSK StGB²-WEHRLE, Art. 282 N 17.

²⁵² Im Übrigen sieht man auch an dieser Bestimmung die Inkohärenz des VE, zumal bei der Wahlfälschung offenbar das richterliche Ermessen („kann“-Vorschrift) keine Rechtsunsicherheit birgt.

²⁵³ BSK StGB²-WEHRLE, ART. 283 N 1.

²⁵⁴ BSK StGB²-VON INS/WYDER, ART. 179 N 7.

²⁵⁵ BSK StGB²-WEHRLE, ART. 283 N 10.

Jahr oder Geldstrafe). Diese Vorgehensweise vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Begründung, weshalb die Strafdrohung von Art. 283 gesenkt werden soll, auf wackeligen, wenn nicht gar wankenden Füßen steht, zumal die Konsumtion von Art. 179 durch Art. 283 einen Hinweis dafür ist, dass dieser einen umfassenderen Schutz gewähren soll als Art. 179.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

95. Ad Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte

*Die Mindeststrafe dieser Bestimmung soll auf 90 Tagessätze Geldstrafe angehoben werden, um damit dem erschwerenden Umstand der Gewaltanwendung angemessen Rechnung zu tragen.*²⁵⁶

Inwieweit die Anhebung der Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe dem erschwerenden Umstand der Gewaltanwendung angemessener Rechnung tragen soll als die aktuelle Strafdrohung, ist nicht nachvollziehbar und wird auch nicht näher erläutert.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

96. Ad Art. 286 Hinderung einer Amtshandlung

*Die bestehende Höchststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe soll auf Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe angehoben werden, weil sie angesichts der „gravierendsten“ Verhaltensweisen, die der Tatbestand erfassen könnte, zu gering sei. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen läge deutlich unter 30 Tagen, wobei bis zum 1.1.2007 höchstens eine einmonatige Gefängnisstrafe habe verhängt werden können.*²⁵⁷

Die Orientierung an den schwersten Fällen um die Strafschärfung für diese Bestimmung zu begründen, zeigt deutlich, wie schwierig es dem Gesetzgeber fällt, tatsächlich stichhaltige Argumente für die Anhebung der Höchststrafe zu finden. Statt dessen wird verzweifelt versucht, selbst mit altem Recht zu argumentieren. Nur – wenn bereits unter altem Recht, das „nur“ eine Gefängnisstrafe von einem Monat als Höchststrafe kannte, die Verurteilungen auf deutlich unter 30 Tagen Gefängnis lauteten, ist schwierig vorstellbar, dass diese Entwicklung bei einer erweiterten Höchststrafe anders verlaufen sollte.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

97. Ad Art. 292 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

*Aus dieser Übertretung soll ein Vergehen gemacht werden mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe. Dies in Anbetracht der Haltung, die der Täter zeige, und der Folgen seiner Weigerung sich an eine Verfügung zu halten. Dafür spreche auch der Vergleich mit den Artikeln 290, 291 und 294 StGB.*²⁵⁸

Diese Begründung ist schon sehr amüsant, wenn man bedenkt dass Art. 292 StGB die einzige Blankettstrafdrohung des StGB ist. Es lässt sich eben gerade nichts darüber sagen, was der Täter für eine Haltung zeigt und was die Folgen sind. Das wird erst

²⁵⁶ Bericht, S. 41.

²⁵⁷ Bericht, S. 41 f.

²⁵⁸ Bericht, S. 42.

durch den Inhalt der Verfügung bestimmt. Worum es sich dabei alles handeln kann, zeigen einige Muster aus der Rechtsprechung: Verpflichtung zur Vorlage eines Konzepts zur Qualitätssicherung gegen Schadstoffe im Nüsslisalat (BGE 124 IV 297); Pflicht, den sich in der Restaurantküche befindenden Waschautomaten zu entfernen (OGer AG, 8.7.1970, AGVE 1970, Nr. 59); Verbot, mit den Kindern oder der früheren Ehefrau in Kontakt zu treten oder sie anzusprechen (OGer LU, 9.11.1989, LGVE 1989 I, 2); Verbot zu behaupten, leiblicher Vater eines bestimmten Kindes zu sein (BGE 108 II 344=Pra 1983, Nr. 87); oder das Verbot, eine Privatstrasse mit dem Auto zu befahren (KGer GR, 16.11.1981, PKG 1981, Nr. 50).²⁵⁹

Anhand der schieren Unvorstellbarkeit der möglichen Verfügungsinhalte und der Vielfalt der verfügbaren Behörden – wobei es sich ja keineswegs nur um Gerichte handelt – scheint es zumindest sehr heikel, einen Strafraum von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe vorzusehen. Der Vergleich mit den Art. 290, 291 und 294 StGB ist nicht sachgerecht, eher müssten der Ungehorsam des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren (Art. 323 StGB) oder der Ungehorsam dritter Personen im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren (Art. 324 StGB) herangezogen werden, welche beide Busse als Sanktion vorsehen und nicht revidiert werden sollen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

98. Ad Art. 293 Abs. 3 Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

*Der Ausdruck „Richter“ soll durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden.*²⁶⁰

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

99. Ad Art. 294 Verstoss gegen ein Berufsverbot

*Weil Art. 294 keine Übertretung sondern ein Vergehen sei, werde der deutsche Randtitel geändert.*²⁶¹

Obschon die Marginalie wohl kaum Schwierigkeiten im Hinblick auf die Bestimmung des Deliktstyps hervorrief, hat deren Änderung keine Bedeutung.

Der Änderung wird zugestimmt.

100. Ad Art. 296 Beleidigung eines fremden Staates

*Die bisherige Höchststrafe sei im Vergleich zu den Strafandrohungen von Art. 126 und 177 zu hoch, zumal sich das strafbare Verhalten darauf beschränke, Geringschätzung zum Ausdruck zu bringen. Daher sei es angebracht, den Strafraum demjenigen in Art. 270 und 298 Vorentwurf anzupassen.*²⁶²

Art. 296 schützt primär das Interesse der Schweiz an der Aufrechterhaltung des Friedens, d.h. zentral ist die Sicherheit des eigenen Landes, die durch die Beleidigung eines fremden Staates gefährdet werden könnte. Sekundäres Schutzobjekt sind die Interessen des fremden Staates – konkret die Ehre seiner offiziellen Vertreter.²⁶³

²⁵⁹ Diese und weitere Beispiele bei BSK StGB²-RIEDO/BONER, Art. 292 N 29 ff.

²⁶⁰ Bericht, S. 42.

²⁶¹ Bericht, S. 42.

²⁶² Bericht, S. 42.

²⁶³ BSK StGB²-OMLIN, Art. 296 N 4.

Die gegenüber den Ehrverletzungsdelikten erhöhte Strafdrohung rechtfertigt sich durch das höherwertige Rechtsgut.²⁶⁴

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

101. Ad Art. 297 Beleidigung zwischenstaatlicher und supranationaler Organisationen

*Da Art. 297 nicht nur die Beziehungen der Schweiz zu den internationalen Organisationen, sondern auch zu den supranationalen Organisationen schützen solle, würden sowohl Artikel wie auch Randtitel entsprechend ergänzt. Die bisherige Höchststrafe sei im Vergleich zur Strafdrohung von Art. 126 und 177 zu hoch, zumal sich das strafbare Verhalten darauf beschränke, Geringschätzung zum Ausdruck zu bringen. Daher sei es angebracht, den Strafraum demjenigen in Art. 270 und 298 Vorentwurf anzupassen.*²⁶⁵

Keine Bemerkungen zur Ergänzung, vgl. BSK StGB²-OMLIN, Art. 297 N 2. Bezüglich Strafraum kann auf die Ausführungen zu Art. 296 verwiesen werden, vgl. auch vgl. BSK StGB²-OMLIN, Art. 297 N 6.

102. Ad Art. 298 Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen

*Die bisherige Höchststrafe sei im Vergleich zur Strafdrohung von Art. 177 zu hoch, zumal sich das strafbare Verhalten darauf beschränke, Geringschätzung zum Ausdruck zu bringen; es habe vor allem symbolische Bedeutung. Daher sei es angebracht, den Strafraum demjenigen in Art. 270 anzupassen.*²⁶⁶

Vgl. die Ausführungen zu Art. 270 und 296.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

103. Ad Art. 303 Falsche Anschuldigung

Ziff. 1: Die Strafdrohung soll auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren beschränkt werden, weil der jetzige Strafraum ausserordentlich weit sei und in der Lehre kritisiert wurde, dass die Höchststrafe gleich sei wie bspw. bei der vorsätzlichen Tötung.²⁶⁷ Bei einem vergleichbaren Delikt im deutschen Strafgesetzbuch werde lediglich eine Maximalstrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen. Daher sei ein Strafraum von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre oder Geldstrafe als genügend und angemessen zu erachten.

*Ziff. 2: Der Strafraum soll ebenfalls reduziert werden und zwar auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe, so dass eine sinnvolle Abstufung der Strafraum erreicht werden könne.*²⁶⁸

Ziff. 1: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 303 N 31; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 303 N 11.

Ziff. 2: Keine Bemerkungen.

²⁶⁴ BSK StGB²-OMLIN, Art. 296 N 25.

²⁶⁵ Bericht, S. 42 f.

²⁶⁶ Bericht, S. 43.

²⁶⁷ BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 303 N 31. TRECHSEL??? 303 N 11??

²⁶⁸ Bericht, S. 43.

104. Ad Art. 304 Ziff. 2 Irreführung der Rechtspflege

Die Bestimmung soll gestrichen werden, eine Strafbefreiung könne allenfalls über Art. 52 erreicht werden.²⁶⁹

Keine Bemerkungen.

105. Ad Art. 305 Abs. 1^{ter} und 2 Begünstigung

In die Bestimmung soll ein neuer Abs. 1^{ter} eingefügt werden, der festhält, dass die Begünstigung nicht schwerer bestraft werden solle als die Vortat. Abs. 2 soll dahingehend abgeändert werden, dass der Täter straffrei bleibt, wenn er in so naher Beziehung zu dem Begünstigten steht, dass sein Verhalten entschuldigbar ist (zuvor: fakultative Möglichkeit des Gerichts, von der Strafe Umgang zu nehmen).

Abs. 1^{ter}: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 305 N 25.

Abs. 2: Keine Bemerkungen, abgesehen davon, dass auch damit das Ermessen der Gerichte eingeschränkt werden soll, hier allerdings nicht für einmal nicht aufgrund negativer Kritik. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 305 N 29 und die allgemeinen Ausführungen zum Ermessen der Gerichte S. 21 ff.

106. Ad Art. 305^{bis} Ziff. 2 Abs. 1 Geldwäscherei

Die Geldstrafe soll von 500 Tagessätzen auf 360 Tagessätze reduziert werden, weil im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zunächst von einem Höchsttagessatz von CHF 2000 ausgegangen worden sei und mit der Erhöhung des Höchsttagessatzes auf CHF 3000 die Anpassung vergessen worden sei. Im Übrigen sei aber eine derart hohe Geldstrafe nicht notwendig, um einen schweren Fall der Geldwäscherei angemessen zu bestrafen, weil der allfällig erzielte erhebliche Gewinn der Einziehung (Art. 70) unterlägen oder eine Ersatzforderung nach Art. 71 begründen würden.²⁷⁰

Keine Bemerkungen. Vgl. STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 239), § 55 N 34.

107. Ad Art. 306 Abs. 2 und 3 Falsche Beweisaussage der Partei

Abs. 2 der Bestimmung soll aufgehoben werden, weil nach einhelliger Lehre Eid und Handgeübde Überbleibsel aus vergangenen Zeiten seien und in der per Anfang nächsten Jahres in Kraft tretenden ZPO nicht mehr anzutreffen seien.

Abs. 3: Im Gegensatz zu Art. 307 fehle in Art. 306 eine Privilegierung für falsche Äusserungen, die sich auf Tatsachen beziehen, die für die richterliche Entscheidung unerheblich sind, was zu Unsicherheiten führe. Ein Teil der Lehre sei der Auffassung die Privilegierung solle analog auch für Art. 306 gelten, weshalb in Abs. 3 eine entsprechende Regelung eingeführt werde.²⁷¹

Abs. 2: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 306 N 29.

Abs. 3: Eine zu Art. 307 Abs. 3 analoge Regel einzuführen ist nicht notwendig, da für die richterliche Entscheidung unerhebliche Äusserungen nicht von Art. 306 erfasst werden.²⁷²

²⁶⁹ Bericht, S. 43.

²⁷⁰ Bericht, S. 44.

²⁷¹ Bericht, S. 44 f.

²⁷² BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 306 N 30.

108. Ad Art. 307 Abs. 2 Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung

Diese Bestimmung soll aufgehoben werden. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 306 Abs. 2 verwiesen.²⁷³

Vgl. die Ausführungen zu Art. 306 Abs. 2.

109. Ad Art. 308 Strafmilderung

Bei Art. 308 soll einerseits der Ausdruck „Richter“ durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“, andererseits die Wendung „von einer Strafe kann Umgang genommen werden“ durch „kann von einer Bestrafung abgesehen werden“ ersetzt werden.²⁷⁴

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

110. Ad Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 Befreiung von Gefangenen

In Umsetzung des Grundsatzentscheides, dass es keine Mindeststrafen unter 30 Tagessätzen Geldstrafe bzw. einem Monat Freiheitsstrafe mehr geben solle, werde die Mindeststrafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe erhöht. Dadurch ergebe sich eine sinnvolle Abstufung zur Strafdrohung in Ziff. 2 Abs. 1.

Diese Änderung ist nur nötig – wenn man dem so sagen will – weil der „Grundsatzentscheid“ gefällt wurde, Mindeststrafen von 30 Tagessätzen Geldstrafe gingen nicht mehr. Das Problem liegt bereits bei diesem Grundsatzentscheid, vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen zu den Anpassungen von Mindeststrafen, vorne S. 17 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

111. Ad Art. 311 Ziff. 1 Meuterei von Gefangenen

Um eine sinnvolle Abstufung zur Strafdrohung der qualifizierten Tatbegehung gemäss Ziff. 2 zu erzielen, soll die Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe in Ziff. 1 aufgehoben werden.²⁷⁵

Vgl. die Ausführungen zu Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 sowie die allgemeinen Ausführungen zu den Anpassungen von Mindeststrafen, vorne S. 17 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

112. Ad Art. 317 Ziff. 2 Urkundenfälschung im Amt

Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe betragen soll. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafrahmen des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafrahmen des Fahrlässigkeitsdeliktes erhöht werden. Dabei würden die Änderungen des AT StGB berücksichtigt.

Apodiktisch behauptet wird, die Strafandrohung von Ziff. 1 sei angemessen und die Diskrepanz zu Ziff. 2 sei zu gross. Dies wird nicht näher begründet, aber trotzdem scheint den Verfassern des Entwurfs klar, dass die Strafe von Ziff. 2 angehoben werden müsse, und zwar immerhin von Busse – d.h. Übertretung – zu Freiheitsstrafe bis

²⁷³ Bericht, S. 45.

²⁷⁴ Bericht, S. 45.

²⁷⁵ Bericht, S. 45.

sechs Monate oder Geldstrafe, also ein Vergehen mit weiteren Folgen wie bspw. Strafregistereintrag in jedem Fall.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

113. Ad Art. 318 Falsches ärztliches Zeugnis

Die derzeitige Ziff. 1 Abs. 2 soll aufgehoben werden, denn das Verhalten, auf die sie sich beziehe, werde von Abs. 1 abgedeckt. Die in Ziff. 1 vorgesehene Höchststrafe werde auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht, denn für den erschwerten Fall in dem bisherigen Ziff. 1. Abs. 2 könne im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein. Die in Ziff. 1 angedrohte Höchststrafe stimme von nun an mit der Strafe überein, die in den Art. 251, 317 Ziff. 1 und 322^{quater} vorgesehen seien.

Zwischen dem Strafrahmen für das vorsätzlich begangene Delikt in Ziff. 1 und dem Fahrlässigkeitsdelikt in Ziff. 2 bestehe schon bisher ein zu grosser Unterschied; daher sei es angebracht, die in Ziff. 2 vorgesehene Strafe ebenfalls zu erhöhen.²⁷⁶

Bei diesen Änderungsvorschlägen handelt es sich einmal mehr um blosser Wünsche nach mehr Strafe, die keine wirkliche Begründung finden. Insbesondere, dass für das falsche Arztzeugnis nach Ziff. 1 die gleiche Strafandrohung gefordert wird wie für die Urkundenfälschung (Art. 251) leuchtet nicht ein: Bei Art. 318 handelt es sich um einen besonderen (qualifizierten) Fall der Falschbeurkundung²⁷⁷, der in der Strafandrohung aber privilegiert ist und als *lex specialis* dem Art. 251 vorgeht. Ein systematisch denkender Gesetzgeber müsste die *lex specialis* aufheben, anstatt sie mit der *lex generalis* identisch zu machen.

Auch die Erhöhung der Strafandrohung bei Fahrlässigkeit und ist unbegründet. Insbesondere kann nicht argumentiert werden, sie müsse gleich sein wie bei Art. 317 Ziff. 2, ist doch der Arzt, der fahrlässig ein unwahres Zeugnis ausstellt (und nicht etwa eine fahrlässige Fehldiagnose!) nicht ohne weiteres vergleichbar mit einem von Art. 317 als Person öffentlichen Glaubens erfassten Notar, dessen Kernkompetenz ja gerade das richtige Ausstellen von Urkunden ist.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

114. Ad Art. 319 Entweichenlassen von Gefangenen

Die Höchststrafe soll auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Dies entspreche im Verhalten dem bisherigen 318 Ziff. 1 Abs. 2. Die Höchststrafe würde zudem harmonisieren mit denjenigen von Art. 312, 317 Ziff. 1, sowie 322^{quater}, die zum Teil vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁷⁸

Vgl. die Anmerkungen zu Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1.

²⁷⁶ Bericht, S. 46.

²⁷⁷ Es handelt sich also – wie der Gesetzestext schon sagt – um eine unwahre, nicht um eine falsche Urkunde. Entsprechend ist der Randtitel irreführend, was aber offenbar nicht erkannt wurde. Man konzentrierte sich wohl auf linguistische Feinheiten wie bei Art. 239 (Störung von Betrieben im Dienste der Allgemeinheit).

²⁷⁸ Bericht, S. 46.

Trotzdem ist noch anzufügen, dass mit dem Hinweis auf Art. 318 Ziff. 1 Abs. 2 (falsches ärztliches Zeugnis) Äpfel mit Birnen verglichen werden. Ausserdem ist schon die Verschärfung von Art. 318 – wie gezeigt wurde – ungerechtfertigt, entsprechend kann eine Verschärfung von Art. 319 nicht damit begründet werden.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

115. Ad Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Amtsgeheimnisses

Die Höchststrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Die Höchststrafe würde zudem harmonisieren mit denjenigen von Art. 312, 317 Ziff. 1, 319 sowie 320 Ziff. 1 Abs. 1 etc., die vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁷⁹

Zunächst ist festzuhalten, dass wohl bei vielen Tatbeständen vereinzelte extreme Verhaltensweisen denkbar sind, die in einem (nach subjektivem Empfinden) gefällten Urteil oberhalb des vorgesehenen Strafrahmens zu liegen kommen könnte. Dennoch geht es nicht an, dass die blühende Phantasie des Gesetzgebers für Straferhöhungen als Argument dient. Die Harmonie mit Art. 317 Ziff. 1, 319 und 320 Ziff. 1 Abs. 1 besteht bereits heute und es wird vom Bericht nicht dargelegt, inwiefern eine höhere Strafdrohung der Verfolgung entsprechender Verhaltensweisen dienlich sein könnte.²⁸⁰ Zudem erstaunt auch in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die durchschnittliche Höhe der ausgefallten Freiheitsstrafe, die in casu bis zu fünf Monate, in der Regel aber nicht mehr als drei Monate betragen soll. Bei einem Strafrahm, der bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe reicht, sollte man meinen, dass die Gerichte gegen oben noch genügend „Spielraum“ hätten, um dem Verschulden angepasste Strafen zu verhängen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

116. Ad Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Berufsgeheimnisses

Die Höchststrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Die Höchststrafe würde zudem harmonisieren mit denjenigen von Art. 312, 317 Ziff. 1, 319 sowie 320 Ziff. 1 Abs. 1 etc., die vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁸¹

Vgl. die Ausführungen zu Art. 320.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

117. Ad Art. 321^{ter} Abs. 1, 2 und 4 Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses

Abs. 1: Die Höchststrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Die Höchststrafe würde zudem harmonisieren mit denjenigen von Art. 312,

²⁷⁹ Bericht, S. 46.

²⁸⁰ Vgl. vorne die Ausführungen zu den Strafzwecken, insbesondere Abschreckung (S. 9 f.) und zu den kriminologischen Erkenntnissen (S. 12 ff.).

²⁸¹ Bericht, S. 47.

317 Ziff. 1, 319 sowie 320 Ziff. 1 Abs. 1 etc., die vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁸²

Abs. 2: betrifft nur den französischen Text.

Abs. 4: Der Rechtfertigungsgrund „zur Verhinderung von Schäden“ soll aufgehoben werden, da er umstritten und überflüssig sei; insbesondere sei er aufgrund der allgemeinen Bestimmungen in Art. 14, 17 und 18 und der Bedingungen geboten, die sich aus diesen Artikeln ableiten würden. Zudem wird auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.²⁸³

Abs. 1: Vgl. die Ausführungen zu Art. 320.

Abs. 2: Keine Bemerkungen.

Abs. 4: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 10.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

118. Ad Art. 322^{bis} Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung

Abs. 1: Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe beträgt. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafraum des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafraum des Fahrlässigkeitsdeliktes erhöht werden. Dabei würden die Änderungen des AT StGB berücksichtigt.

Abs. 2 und 3: Da es bei Art. 322^{bis} wie bei der Hehlerei einer strafbaren Vortat bedürfe, sei ein Abs. 2 einzufügen, welcher vorsieht, dass die Strafe nicht höher ist, als die für die Vortat angedrohte Strafe. Ist die Vortat ein Antragsdelikt, ist die Verfolgung nur subsidiär möglich, wenn gegen den Autor der Veröffentlichung gültig Strafantrag gestellt worden sei. Daher soll ein Abs. 3 eingefügt werden, der Art. 160 Ziff. 1 Abs. 3 nachempfunden ist.²⁸⁴

Abs. 1: Auch hier zeigt sich, dass der Vorentwurf janusköpfig ist, zumal bei den allgemeinen Grundsätzen ausgeführt wird, dass sich Strafdrohungen von vorsätzlich und fahrlässig begangenen Delikten wegen ihres unterschiedlichen Unrechtsgehaltes unterscheiden müssten, wobei unangemessen grosse Unterschiede zu vermeiden seien.

Die vorliegende Bestimmung regelt das Vorsatzdelikt als Vergehen, das Fahrlässigkeitsdelikt hingegen als Übertretung. Es handelt sich dabei um die für die entsprechenden Deliktstypen üblichen Strafraum, weshalb nicht ersichtlich ist, inwiefern diese Unterscheidung unangemessen sein sollte. Die vorsätzliche Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung setzt voraus, dass der Verantwortliche um die Rechtswidrigkeit des Inhaltes weiss und die Veröffentlichung will, die fahrlässige Begehung hingegen kann bspw. bereits darin bestehen, dass ein Redaktor ehrverletzende Äusserungen nicht als solche in einem Leserbrief erkennt.²⁸⁵ Bei der aktuellen Regelung wird der Unrechtsgehalt des Verhaltens eines bloss subsidiär Verantwort-

²⁸² Bericht, S. 47.

²⁸³ Bericht, S. 47.

²⁸⁴ Bericht, S. 47 f.

²⁸⁵ BSK StGB II-ZELLER, Art. 322^{bis} N 8 f.; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 505.

lichen im Vergleich zu demjenigen des eigentlichen Autors als geringer eingestuft.²⁸⁶ Dies bedeutet aber nichts anderes, als das grundsätzlich der Autor am strengsten zu bestrafen, die fahrlässige Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung hingegen am unteren Ende dieser Strafhierarchie einzustufen ist. Wie die Anhebung des Fahrlässigkeitsdelikts zu einem Vergehen in dieses Bild passen soll, ist nicht nachvollziehbar.

Die Änderung der Bestimmung wird daher abgelehnt.

Abs. 2: In der Lehre wird bereits heute gefordert, dass gestützt auf Art. 322^{bis} keine den Rahmen der Vortat übersteigende Strafe ausgesprochen werden dürfe.²⁸⁷

Einer solchen Anpassung ist daher nichts entgegenzusetzen.

Abs. 3: Bereits heute wird in der Lehre anerkannt, dass wenn die strafbare Handlung, die durch die Nichtverhinderung der Veröffentlichung begangen wird, ein Antragsdelikt ist, für die Verfolgung der Straftat gemäss Art. Art. 322^{bis} ein Strafantrag bezüglich des Antragsdeliktes Voraussetzung bildet.²⁸⁸

Einer entsprechenden Ergänzung der Bestimmung wird daher zugestimmt.

119. Ad Art. 325^{bis} Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen

Die Bestimmung soll aufgehoben werden, weil ihre praktische Bedeutung gering sei (4 Urteile seit Inkraftsetzung 1. Juli 1990, zuletzt im Jahr 1997).²⁸⁹

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. S. 23 ff.

Wichtig scheint uns auch hier, den Zusammenhang mit dem Privatrecht hervorzuheben. Art. 325^{bis} ist vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des Mietrechts zu sehen. Er dient als Massnahme, um die Funktionsvoraussetzungen des (Miet-)Vertragsrechtsmechanismus sicherzustellen und den Mieter vor dem Missbrauch eines sozialen Machtgefälles zu schützen.²⁹⁰

Die Aufhebung von Art. 325^{bis} wird daher abgelehnt.

120. Ad Art. 326^{bis} Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelfirmen 2. Im Falle von Artikel 325^{bis}

Die Bestimmung soll gestrichen werden, weil sie durch die Aufhebung von Art. 325^{bis} hinfällig werde.²⁹¹

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 23 ff.). Im Zusammenhang mit Art. 325^{bis} kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.

²⁸⁶ BBl 1996, 566; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 502 f.

²⁸⁷ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 332^{bis} N 2 in fine.

²⁸⁸ BSK StGB²-ZELLER, Art. 322^{bis} N 12; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 506; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 322^{bis} N 3.

²⁸⁹ Bericht, S. 48.

²⁹⁰ BSK StGB²-AMSTUTZ/REINERT, Art. 325^{bis} N 1 ff.; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 546.

²⁹¹ Bericht, S. 48.

Die Aufhebung von Art. 326^{bis} wird abgelehnt.

121. Ad Art. 328 Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht

*Die Bestimmung soll gestrichen werden, weil ihre praktische Bedeutung verschwindend klein sei. Zwischen 1984 und 2006 wurde kein einziges Urteil gestützt auf die Bestimmung gefällt.*²⁹²

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 23 ff.).

Die praktische Bedeutung dieser Norm ist allerdings insofern tatsächlich marginal, als ihr Anwendungsbereich sehr klein ist, umfasst er doch einzig als Tatobjekt nicht mehr gültige Postwertzeichen.²⁹³ Von der Lehre wird die Aufhebung von Art. 328 bereits seit längerer Zeit gefordert.²⁹⁴

Der Aufhebung von Art. 328 wird daher zugestimmt.

122. Ad Art. 329 Verletzung militärischer Geheimnisse

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, weil zwischen 1984 und 2006 kein einziges Urteil aufgrund dieser Bestimmung ergangen ist.*²⁹⁵

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 23 ff.).

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

123. Ad Art. 330 Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material

*Die Bestimmung soll mangels praktischer Relevanz gestrichen werden.*²⁹⁶

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 23 ff.).

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

124. Ad Art. 331 Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden. Einzige Begründung dafür ist die praktische Bedeutungslosigkeit, weil zwischen 1984 und 2006 durchschnittlich weniger als ein Urteil pro Jahr aufgrund dieser Bestimmung gefällt wurde.*²⁹⁷

Zunächst ist anzumerken, dass die Statistik zu den Urteilen gestützt auf Art. 331 nicht online beim BFS abrufbar sind. Selbst wenn man aber von weniger als einer Verurteilung pro Jahr ausgeht: vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 23 ff.).

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

²⁹² Bericht, S. 48.

²⁹³ BSK StGB²-LENTJIES MEILI/KELLER, Art. 328 N 7; NIGGLI, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Bd. 6a, . Fälschung von Geld, amtlichen Wertzeichen, amtlichen Zeichen. Mass und Gewicht: Art. 240-250 sowie Art. 327 und 328 StGB, Bern 2000, Art. 328 N 5 ff. und N 25.

²⁹⁴ BSK StGB²-LENTJIES MEILI/KELLER, Art. 328 N 9; NIGGLI, (Fn. 293), Art. 328 N 8.

²⁹⁵ Bericht, S. 48 f.

²⁹⁶ Bericht, S. 49.

²⁹⁷ Bericht, S. 49.

125. Ad Art. 332 Nichtanzeigen eines Fundes

Die Bestimmung soll aufgehoben werden. Begründet wird dieser Schritt damit, dass es sonderbar anmute, dass die unrechtmässige Aneignung (Art. 137), die eine schwerwiegenere Widerhandlung darstelle, im Gegensatz zum Nichtanzeigen eines Fundes ein Antragsdelikt sei. Mit Blick auf die Nachbarländer wird festgestellt, dass der Fund einer verlorenen Sache überall als Aneignungsdelikt behandelt werde, das nur bei Zueignung der gefundenen Sache zum Zuge komme (analog Art. 137).²⁹⁸

Es ist richtig, dass das Nichtanzeigen eines Fundes im Gegensatz zur Fundunterschlagung gemäss Art. 137 Ziff. 2 ein Officialdelikt darstellt, was in der Tat als fragwürdig erachtet werden kann.²⁹⁹ Allerdings scheint die Lösung durch Streichung der Norm doch etwas gar simpel, zumal die korrelierten Bestimmungen im ZGB offenbar unverändert stengelassen würden. Wie soll jedoch die Durchsetzung der Anzeigepflicht durchgesetzt werden, wenn keine Aneignungsabsicht vorliegt und daher kein Fall von Fundunterschlagung gemäss Art. 137 Ziff. 2 vorliegt?

Gänzlich unwichtig erscheint im Zusammenhang mit dieser Bestimmung die ansonsten rege zitierte Statistik, die bei Art. 332 zwischen 1960 und 2005 doch einen jährlichen Durchschnitt von 33 Verurteilungen aufweist – dies bedeutet im Sinne des Berichts, dass der Bestimmung zumindest keine „marginale“ Bedeutung zukommt, weshalb sie ja eigentlich Bestand haben müsste. Zu prüfen wäre daher, ob allenfalls Art. 332 in ein Antragsdelikt umgewandelt werden könnte.

Die Streichung der Bestimmung wird abgelehnt.

126. Ad Art. 342 Abs. 1 Gerichtsstand bei strafbaren Handlungen im Ausland

Die Terminologie der deutschen Fassung soll aus Gründen der Klarheit an den französischen und italienischen Wortlaut angepasst werden.³⁰⁰

Keine Bemerkungen.

IV. Fazit

Grundsätzlich erscheint die Revision des besonderen Teiles des Strafgesetzbuches als grosse Chance. Damit diese Chance allerdings wahrgenommen werden kann, darf nicht einfach an einzelnen Zahnrädern im „Uhrwerk“ des Strafrechts herumgeschraubt werden, sondern muss die Uhr als Ganzes begriffen, zerlegt und von Grund auf revidiert werden. Das setzt voraus, dass man sich Gedanken macht zum materiellen Verbrechensbegriff und zu den jeweils geschützten Rechtsgütern.

Die blosser Annahme oder Unterstellung, dass mehr oder höhere Strafe auch mehr Sicherheit produziere, ist schlicht abwegig vor dem Hintergrund empirischer Forschungsergebnisse. Dasselbe gilt von der Behauptung, die Bevölkerung wünsche sich härterer Strafen.

So begrüssenswert ein Vorhaben erscheint, das eine Harmonisierung der Delikte anstrebt, so merkwürdig muss es erscheinen, wenn dies ausschliesslich in strafscharfer Optik geschieht, und dann auch noch so eklektisch und willkürlich wie hier. Dass mangels eigentlicher Argumente ganz zufällig einmal auf Begriffe wie „ganz offensichtlich“ und Ähnlichem, ein ander Mal auf die Rechtsvergleichung rekurriert wird, erhöht das Vertrauen nicht.

²⁹⁸ Bericht, S. 49 f.

²⁹⁹ BSK StGB²-NIGGLI, Art. 332 N 19.

³⁰⁰ Bericht, S. 50.

Schliesslich muss noch einmal an das höchste Gut erinnert werden, das die Rechtsordnung bietet: Sicherheit, d.h. vor allem einmal Sicherheit des Rechts. Solche Sicherheit kann sich indes nicht einstellen, wenn alle paar Monate oder Jahre das geltende Recht mal so mal anders geändert wird. Recht ist grundsätzlich änderungsfeindlich, denn nur durch die Langsamkeit seiner Veränderung kann es Vertrauen in der Bevölkerung aufbauen und den Gerichten Zeit geben für die Entwicklung stabiler Praktiken. All dies wird vergeblich mit Hau-Ruck-Revisionen, die keine Systematik erkennen lassen.

Freiburg/Murten

10. XII. 2010

Marcel Alexander Niggli
Nadine Hagenstein
Stefan Maeder

Universität Freiburg
Beauregard 11
1700 Freiburg