Vernehmlassung

zur Änderung der Bundesverfassung, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes

(Tätigkeitsverbot und Kontakt- und Rayonverbot)

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

Vernehmlassung

zur Änderung der Bundesverfassung, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes

(Tätigkeitsverbot und Kontakt- und Rayonverbot)

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 23. Februar 2011 wurde die oben erwähnte Vorlage in die Vernehmlassung geschickt. Gerne nehmen wir die Möglichkeit wahr, im Folgenden dazu unsere Stellungnahme abzugeben.

Inhaltsverzeichnis

I. Motion Sommaruga (08.3373) „Verstärkte Prävention von Pädokriminalität und anderen Verbrechen" et al. ... 3
II. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ... 4
1. Garantie ... 4
2. Einschränkung (Art. 36 BV) ... 5
III. Änderung der Bundesverfassung ... 7
1. Begriffliches ... 7
2. Inhalt ... 7
A. Kompetenzaufteilung ... 7
B. Vermischung von Strafrecht und Polizeirecht ... 9
C. Stark erweiterte Kompetenz durch vorgesehene Ergänzung ... 11
IV. Berufsverbot DE LEGE LATA (Art. 67 f. StGB) ... 12
1. Kritik am Berufsverbot ... 12
2. Materielle Voraussetzungen ... 12
3. Formelle Voraussetzungen ... 13
4. Rechtsfolgen ... 13
5. Vollzug gemäss Art. 67a StGB ... 14
V. Berufsverbot DE LEGE FERENDA (Art. 67-67c VE-StGB) ... 14
1. Ausweitung auf die Deliktsbegehung bei ausserberuflicher Tätigkeit ... 14
2. Ausweitung des Verbots auf ausserberufliche Tätigkeiten ... 15
3. Unmündige oder andere besonders schutzbedürftige Personen ... 15
4. Absolutes Tätigkeitsverbot (Art. 67 Abs. 3 VE-StGB) ... 16
A. Obligatorisches Tätigkeitsverbot (Art. 67 Abs. 3 VE-StGB) ... 16
B. Gänzliches Verbot der Tätigkeit (Art. 67 Abs. 5 letzter Satz VE-StGB) ... 17
C. Straftatenkatalog (Art. 67 Abs. 3 VE-StGB) ... 17
5. Definition beruflicher und organisierter ausserberuflicher Tätigkeit (Art. 67 Abs. 4 VE-StGB) ... 17
6. Lebenslängliches Tätigkeitsverbot (Art. 67 Abs. 6 VE-StGB) ... 18
7. Bewährungshilfe (Art. 67 Abs. 7 VE-StGB) ... 18
VI. Kontakt- und Rayonverbot (Art. 67a VE-StGB) ... 19
1. Anwendungsbereich (Art. 67a Abs. 1 VE-StGB) ... 19
2. Inhalt (Art. 67a Abs. 2 VE-StGB) ... 21
A. Durchsetzbarkeit als Kriterium? ... 21
B. Negatives Rayonverbot? ... 21
3. Vollzug (Art. 67a Abs. 3 und 4 VE-StGB) ... 22
A. Technische Geräte (Art. 67a Abs. 3 VE-StGB) ... 22
B. Verlängerung des Verbots (Art. 67a Abs. 4 VE-StGB) ... 22
VII. Gemeinsame Bestimmungen (Art. 67b f. VE-StGB) ... 22
1. Vollzug der Verbote ... 22
A. Inhaltliche oder zeitliche Einschränkung oder Aufhebung des Verbots nach Ablauf der Probezeit (Art. 67b Abs. 4 VE-StGB) ... 22
B. Mindestdauer des Verbots (Art. 67b Abs. 5 VE-StGB) ... 22
C. Aufhebung bei Dahinfallen der materiellen Voraussetzung und Wiedergutmachung (Art. 67b Abs. 6 VE-StGB) ... 22

2. Nachträgliche Änderung oder Anordnung der Verbote (Art. 67c VE-StBG) 23
A. Voraussetzungen für Erweiterung oder zusätzliches Verbot (Art. 67c Abs. 1 VE-StBG) .. 23
B. Nachträgliche Anordnung (Art. 67c Abs. 2 VE-StGB) 23
VIII. Sonstiges 24
1. Missachtung eines Tätigkeitsverbots oder Kontakt- oder Rayonverbots (Art. 294 VE-StGB) 24
2. Tätigkeitsverbot, Kontakt- und Rayonverbot im JStG (Art. 16a VE-JStG) 24
3. Änderungen des Strafregisterrechts 26
A. Art. 366 Abs. 3 VE-StGB 27
B. Art. 369 Abs. 4ter VE-StGB 27
C. Art. 369a (neu) VE-StGB 27
4. Erweiterter Strafregisterauszug für Privatpersonen (Art. 371a VE-StGB) 28
5. Änderung des DNA-Profil-Gesetzes 29
IX. Schlussfolgerungen 30

I. Motion Sommaruga (08.3373) „Verstärkte Prävention von Pädokriminalität und anderen Verbrechen" et al.

Als „Auslöser" der Vorlage wird die Motion SOMMARUGA[1] bezeichnet, die das Strafgesetzbuch[2] um eine Bestimmung ergänzt haben möchte, die folgende Massnahmen bei strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität von Kindern vorsieht:

- Ein Berufsverbot, nicht nur wenn ein Verbrechen in Ausübung des entsprechenden Berufes begangen wurde;
- Ein Verbot, ehrenamtliches Mitglied, Mitarbeiter oder Mitglied eines Organs irgendeiner juristischen Person, Vereinigung oder Gruppierung zu werden, deren Aktivitäten auf Personen von der Kategorie des Opfers ausgerichtet sind;
- Ein Verbot, mit bestimmten Personen oder Personengruppen Kontakt aufzunehmen;
- Eine strafrechtliche Begleitung von Personen, bei denen eine dieser Massnahmen gerichtlich angeordnet wurde.

Durch die neu zu schaffenden Massnahmen soll Rückfällen vorgebeugt und die Möglichkeit individueller Kontrolle geschaffen werden, ohne dass dies andere Bürgerinnen und Bürger beeinträchtigt.

Der Bundesrat führte in seiner Antwort vom 3.9.2008 aus, dass das im geltenden Recht vorgesehene Berufsverbot zwar kein Allheilmittel gegen den Rückfall von Sexualstraftätern, für bestimmte Täter mit Restrisiko aber dennoch sinnvoll sei, weil dadurch spezifische Tatgelegenheiten vermieden werden könnten. Es könne niemandem jeglicher Kontakt zu Kindern untersagt werden, weil dies zur Folge hätte, dass sich die entsprechende Person nicht mehr in der Öffentlichkeit bewegen könnte und deshalb ihres sozialen Lebens beraubt würde. Solche rigorosen Verbote seien auch nicht notwendig, da Berufsverbote insbesondere für Täter vorgesehen seien, die aufgrund einer günstigen Prognose aus dem Straf- und Massnahmenvollzug entlassen oder nicht zu einer freiheitsentziehenden Sanktion verurteilt werden.

---

1 Motion 08.3373 von CARLO SOMMARUGA, eingereicht am 12.6.2008.

2 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0; StGB).

Die Kommission für Rechtsfragen hat sich in ihrem Bericht vom 27.1.2009 für die Annahme der Motion ausgesprochen.[3]

Bei der Motion SOMMARUGA handelt es sich um einen Alternativvorschlag zu diversen anderen parlamentarischen Vorstössen und zu einer Volksinitiative:

- Parlamentarische Initiative (04.473) von CHRISTOPHE DARBELLAY: Verbot der Ausübung von Berufen mit Kindern;
- Parlamentarische Initiative (04.469) von CHIARA SIMON-CORTESI: Obligatorischer Strafregisterauszug für Personen, die mit Kindern arbeiten;
- Parlamentarische Initiative (04.441) von OSKAR FREYSINGER: Verurteilung wegen Pädophilie. Keine Streichung aus dem Strafregister;
- Parlamentarische Initiative (08.448) der Kommission für Rechtsfragen Nationalrat: Berufsverbot für pädosexuelle Straftäter;
- Motion (08.3033) von NATALIE SIMONE RICKLI: Schaffung eines nationalen Registers für vorbestrafte Pädophile;
- Parlamentarische Initiative (09.423) von NATALIE SIMONE RICKLI: Register für Pädophile, Sexual- und schwere Gewaltstraftäter;
- Eidgenössische Volksinitiative „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen".

Während die parlamentarischen Vorstösse mit Mängeln behaftet sind, weshalb sie bisher im Parlament keine oder nur eine beschränkte Zustimmungen fanden[4], ist die am 20.4.2011 eingereichte Volksinitiative gültig zustandegekommen.[5]

II. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

1. Garantie

In einem engen Zusammenhang mit der Verhängung von Berufsverboten steht die durch die Bundesverfassung[6] gewährleistete Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Als Grundrecht schützt sie „jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient"[7]. Ausdrücklich geschützt durch die Wirtschaftsfreiheit wird auch die **freie Berufswahl**, die vom BGer jedoch dahingehend eingeschränkt wurde, dass sie beim Zugang zu öffentlichen Ämtern nicht gelten soll.[8]

---

[3] Abrufbar unter: www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2008/d_bericht_s_k25_0_20083373_0_20090127.htm (18.5.2011).

[4] Erläuternder Bericht zur Änderung der Bundesverfassung, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes (Tätigkeitsverbot und Kontakt- und Rayonverbot), nachfolgend: ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 8.

[5] Zustandekommen am 20.5.2011 bestätigt (www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=39273; 24.5.2011).

[6] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101; BV).

[7] JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl. Bern 2008, 1053 f.

[8] MÜLLER/SCHEFER, 1055 m.H. auf BGE 130 I 26 E. 4.1 u.a.; KLAUS A. VALLENDER, Art. 27 N 8, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2008.

Dies führt im Zusammenhang mit dem hier zur Diskussion stehenden Berufsverbot zu ungerechtfertigten Diskrepanzen zwischen Tätern, die amtliche Tätigkeiten verrichten, und sich bei Verhängung eines Berufsverbotes nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können, im Gegensatz zu Tätern, die in der Privatwirtschaft tätig sind. Neben der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erfasst die Wirtschaftsfreiheit auch deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV), worunter auch die **Berufswahl-[9] und die Berufsausübungsfreiheit[10]** fallen.

2. Einschränkung (Art. 36 BV)

Grundrechtseinschränkungen sind einzig nach Massgabe von Art. 36 BV legitim. Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen, die Verhältnismässigkeit beachten und den Kerngehalt des entsprechenden Grundrechts respektieren.[11]

Für die geplante Erweiterung des Berufsverbotes stellt sich insbesondere die Frage nach der Verhältnismässigkeit einer solchen Massnahme. Nach h.L. müssen kumulativ folgende drei Elemente erfüllt sein, um die Verhältnismässigkeit zu gewährleisten:

- Eignung („Geeignetheit"), d.h. die staatliche Massnahme muss geeignet sein, den verfolgten Zweck zu erreichen.[12]

- Erforderlichkeit („geringstmöglicher Eingriff"). Die Erforderlichkeit schreibt vor, dass von mehreren gleich wirksamen und geeigneten Massnahmen diejenige zu wählen ist, die in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgeht.[13]

- Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung. Es handelt sich hierbei um eine eigentliche Abwägung von öffentlichen und betroffenen privaten Interessen. Überwiegen in einem konkreten Fall die negativen Wirkungen gegenüber dem öffentlichen Interesse daran, so ist der Eingriff unverhältnismässig.[14]

In Anbetracht der Änderungsvorschläge sind folgende Vorbehalte angebracht: Selbst wenn ein vollumfängliches und möglicherweise lebenslängliches Berufsverbot durchaus geeignet ist, gewisse Tatgelegenheiten zu eliminieren (z.B. der Sexualstraftäter, der als Turnlehrer tätig war und jetzt keinen Unterricht mehr geben darf), ist einerseits nicht zu vergessen, dass dies den Rückfall nicht absolut verhindert. Ausser mit lebenslanger Verwahrung, der einschneidendsten Massnahme, die das StGB kennt, können nie alle Tatgelegenheiten ausgeschlossen werden. Andererseits ist und bleibt die Frage unbeantwortet, ob es nicht auch andere Massnahmen zu dieser Zielerreichung gäbe, die geeigneter wären oder die

---

[9] VALLENDER, Art. 27 N 12 ff. Dem Träger steht es frei, darüber zu entscheiden, ob er eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausüben oder seinen Lebensunterhalt auf andere Weise sichern will, ebenso wie er frei entscheiden kann, ob er einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen will.

[10] VALLENDER, Art. 27 N 17.

[11] Zum Ganzen: RAINER J. SCHWEIZER, Art. 36, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2008; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2008, N 302 ff.

[12] HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 321.

[13] HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 322.

[14] HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 323.

den Täter weniger beschwerten? Zwar gibt es darauf keine generellen Antworten, dennoch muss jeweils im Einzelfall berücksichtigt werden, dass eine allfällige Geldstrafe im Zusammenhang mit einem Berufsverbot den Täter in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen empfindlich treffen kann. Der Sinn von Massnahmen liegt aber gerade nicht darin, den Täter zusätzlich zu bestrafen, vielmehr knüpfen sie an seine Sozialgefährlichkeit an und sollen der Verbesserung der Legalprognose dienen. Dieser Umstand muss in der Einzelfallbeurteilung berücksichtigt werden, was im Bereich der Berufsverbote nicht unbeträchtliche Schwierigkeiten bieten dürfte. Der Punkt, an dem ein Berufsverbot seiner Natur nach von der Massnahme in eine (zusätzliche) Strafe übergeht, liegt in einem Graubereich. Gerade solche „Graubereiche" sind jedoch im Strafrecht zu vermeiden. Ebenso kann ein Berufsverbot die Legalprognose geradezu verschlechtern. Das Argument, nach welchem die Legalprognose durch ein Berufsverbot besser würde, weil es erlaube, bedingte Strafen zu verhängen, erscheint zumindest ambivalent. Angesichts der allgemeinen Bestrebungen zur Verschärfung des Strafrechts und der Kritik gerade an bedingten Strafen dürfte das blosse Hoffnung sein, nicht aber realistisches Szenario. Zudem wäre selbst bei (eventuell) verbesserter kurzfristiger Legalprognose zu berücksichtigen, dass langfristig genau das Gegenteil gelten dürfte: Arbeitslosigkeit zusammen mit Armut und Perspektivenlosigkeit sind durchaus kriminogene Faktoren.[15]

Diskutabel scheint denn auch die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn. Gerade, aber nicht nur, bei – wie sie im Änderungsvorschlag vorgesehen sind – lebenslangen Tätigkeitsverboten. Zu berücksichtigen sind die vielschichtigen Wechselwirkungen, die ein solches Verbot haben kann. Nicht nur der Täter wird in seiner Erwerbsfähigkeit stark eingeschränkt, muss er sich doch möglicherweise umschulen lassen, um überhaupt wieder eine Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können. Nebst den daraus erwachsenden Kosten ist auch nicht selbstverständlich, dass er in diesem Tätigkeitsbereich überhaupt eine Anstellung findet. Kann der Täter aber nicht mehr erwerbstätig sein, fällt das nicht nur auf ihn, sondern möglicherweise auf seine Familie und letztlich auf die Gemeinschaft zurück.

Schliesslich ist auch zu bedenken, dass der Erfolg keiner Massnahme exakt voraussehbar ist. Weder in der aktuellen Gesetzesfassung noch aus dem Änderungsvorschlag geht denn auch klar hervor, inwiefern dies bei einem Berufsverbot anders sein soll. Die heutige Fassung ist immerhin wesentlich restriktiver formuliert und insofern weniger problematisch als die vorgeschlagene Fassung. Für ein lebenslängliches Berufsverbot hingegen müssten klare Voraussetzungen und Prüfkriterien definiert werden, was aber die gleichen Schwierigkeiten bieten dürfte wie bei einer Verwahrung (Art. 64 StGB).

Das Berufsverbot darf auch nicht zum Sicherungsmechanismus verkommen, der durch den Richter beinahe automatisch verhängt wird, um die eigene Verantwortung weit möglichst zu reduzieren. Andererseits ist auch zu vermeiden, dass das Berufsverbot als Instrument missbraucht wird, um den Täter zusätzlich zu stigmatisieren und aus der sozialen Gemeinschaft auszuschliessen. Die aktuelle Fassung, die zum einen auf die Ausübung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit und zum andern zeitlich beschränkt ist, relativiert diese Problematik zwar etwas, nichts desto trotz bleibt aber auch hier die Frage, welche Umstände vorliegen müssen, dass ein Berufsverbot von sechs Monaten, und wann eines von fünf Jahren als angemessen zu erachten ist.

---

[15] HANS-DIETER SCHWIND, Kriminologie – Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 18. Aufl., Heidelberg u.a. 2008, N 43 ff.

III. Änderung der Bundesverfassung

Art. 123 Abs. 4 (neu)

Er kann Vorschriften erlassen, die dazu dienen, Straftaten gegen Kinder und Jugendliche sowie gegen andere besonders schutzbedürftige Personengruppen zu verhindern.

1. Begriffliches

Auffallend an der Gesetzesvorlage ist die Einführung einer neuen Personenkategorie: „andere besonders schutzbedürftige Personengruppen". Anders als bei den Kindern und Jugendlichen, die inhaltlich Art. 11 BV entsprechen, gibt es für „andere besonders schutzbedürftige Personengruppen" keinen Anknüpfungspunkt im Gesetz (weder BV noch StGB!). Der ERLÄUTERNDE BERICHT führt aus, dass durch den Begriff „besonders schutzbedürftige Person" vor allem „alte und körperlich oder psychisch kranke Personen" erfasst würden, die ihr Leben nicht ohne fremde Hilfe führen könnten und daher sicherzustellen sei, dass von den Personen, die sie betreuen, keine Gefahr ausgehe.[16]

Wenn auch dieser Grundgedanke durchaus nachvollziehbar ist, muss man sich doch zweierlei fragen:

1. Sind Kinder und Jugendliche sowie alte und körperlich oder psychisch kranke Personen in der aktuellen Strafgesetzgebung zu wenig geschützt?

2. Kann die sehr weitgehende Erweiterung des Berufsverbotes tatsächlich einen Mehrwert an Schutz der betreffenden Personengruppen leisten? Und wenn ja: Ist die massive Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit im Lichte dieses Mehrwerts verhältnismässig?

2. Inhalt

A. Kompetenzaufteilung

Grundsätzlich ist die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen in Art. 3 BV geregelt, der eine „subsidiäre Generalklausel zu Gunsten der kantonalen Zuständigkeit" vorsieht.[17] Die Aufgabenverteilung erfolgt auf Grundlage der Art. 42 ff. BV: der Bund erfüllt diejenigen Aufgaben, die ihm die BV zuweist (Art. 42 Abs. 1 BV; sog. System der Einzelermächtigung). Wird eine Kompetenz dem Bund zugewiesen, stellt sich die Frage nach deren Umfang. Wird dem Bund eine umfassende Rechtsetzungskompetenz zuerkannt, ist er befugt, in diesem Gebiet vollständig und abschliessend zu legiferieren (Bsp.: Art. 60 Abs. 1 BV, Militärgesetzgebung). Formulierungen, die eine umfassende Rechtsetzungskompetenz anzeigen, lauten bspw. „Der Bund erlässt Vorschriften" (Art. 74 Abs. 1 BV), „Der Bund sorgt dafür" (Art. 104 BV).[18]

Zur geplanten Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen wird im ERLÄUTERNDEN BERICHT erklärt:

Die allgemeine Gefahrenabwehr ist in der Schweiz in erster Linie eine Aufgabe der Kantone. Mit der neuen Verfassungsbestimmung, die als „Kann-Bestimmung" vorgesehen ist, soll an dieser Zuständigkeit im Grundsatz nichts geändert werden. […] Gleichzeitig ist es kaum zu vermeiden, dass strafrechtliche Präventionsmassnahmen, die der Bund gestützt

---

[16] S. 33.

[17] HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1049; SCHWEIZER, Art. 3 N 10.

[18] Zum Ganzen HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1084 f.

auf die neue Verfassungsbestimmung vorsehen kann, sich mit kantonalen Regelungen überschneiden können. In diesen Fällen geht zwar das Bundesrecht vor. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine Koordinierung zwischen den bundesrechtlichen und den kantonalen Massnahmen vorgenommen wird und eine Auseinandersetzung darüber stattfindet, ob kantonale Regelungen oder eine einheitliche Bundesregelung sinnvoller sind.[19]

Hierzu bedarf es folgender Ergänzungen: Grundsätzlich besteht im Bereich des Strafrechts eine umfassende Rechtssetzungskompetenz des Bundes (Art. 123 Abs. 1 BV). Es stellt sich daher primär die Frage, inwiefern eine Ergänzung der BV überhaupt notwendig ist.

Die Regelung in Art. 123 BV versteht sich als Kompetenzzuweisung im Rechtsbereich Strafrecht[20] und umfasst sowohl den Erlass materiellen wie auch formellen und organisatorischen Rechts.[21] Im Bereich des materiellen Strafrechts verfügt der Bund über eine „konkurrierende, nicht auf die Grundsatzgesetzgebung beschränkte Zuständigkeit mit nachträglich derogatorischer Wirkung“[22]. Inhaltlich wird der Bund nach h.L. als berechtigt angesehen, das Strafrecht zu regeln, soweit es sich herkömmlicherweise in einem Strafgesetzbuch kodifiziert findet.[23] In der aktuellen Fassung des StGB ist diese Voraussetzung sowohl für das Berufsverbot (Art. 67 StGB) als auch für die Bestimmungen betreffend Strafregister (Art. 365-371 StGB) erfüllt.

Problematischer zeigt sich die Situation aber hinsichtlich der geplanten „Pflicht zur Einholung eines Strafregisterauszuges“[24]. Hier sollen primär Dritten (namentlich privaten und öffentlichen Arbeitgebern sowie Vereinen etc.) neue Pflichten auferlegt werden: Wer jemanden für die Betreuung von unmündigen oder besonders schutzbedürftigen Personen anstellen oder verpflichten oder ausserhalb eines solchen Angestelltenverhältnisses mit solchen Aufgaben betrauen will, soll von dieser Person künftig einen speziellen Strafregisterauszug verlangen müssen.[25]

Dem ERLÄUTERNDEN BERICHT ist insofern zuzustimmen, als dass Art. 386 StGB keine Grundlage für das hier Vorgeschlagene sein kann. Bei Art. 386 StGB geht es um Aufklärungs- und Erziehungsmassnahmen, also um Präventionskampagnen oder Beratungsangebote etc.[26] Allerdings ist die vorgeschlagene Verfassungsänderung selbst dann, wenn man der Idee einer Verpflichtung Dritter zur Einholung eines Strafregisterauszugs zustimmen wollte, in dieser Form aus zwei Gründen abzulehnen: Einerseits ist sie viel weiter gefasst als nötig. Andererseits werden Strafrecht und Polizeirecht noch mehr vermischt, als dies ohnehin schon der Fall ist (vgl. dazu gleich nachfolgend). Diese Vermischung führt dazu, dass für den Bund neue *Polizeikompetenzen*, und nicht etwa (neue) strafrechtliche Kompetenzen geschaffen würden.

---

19 S. 31 f.

20 HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1079.

21 HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1114.

22 HANS VEST, Art. 123 N 2, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2008.

23 VEST, Art. 123 N 2.

24 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 31.

25 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 13.

26 ADRIAN LOBSIGER, Art. 386 N 1 und 8 ff., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Aufl. Basel 2007.

B. Vermischung von Strafrecht und Polizeirecht[27]

Die Vermischung von Strafrecht und Polizeirecht dürfte darin gründen, dass gemeinhin angenommen wird, Strafrecht schütze vor Übeln. Das würde nahelegen, dass das Strafrecht – prospektiv – in die Zukunft blickt. Da Strafrecht aber primär auf die Tat und auf die Schuld abstützt, scheint es gleichzeitig in die Vergangenheit zu schauen und damit retrospektiv orientiert zu sein.

Diese Problematik ist seit langem bekannt und findet ihren Ausdruck in den Straftheorien.

Absolute Straftheorien sehen den Grund der Strafe im Ausgleich des gesetzten Übels. Dem Schuldigen soll Gerechtigkeit für seine Tat widerfahren. Der Grund der Strafe liegt in der Vergeltung, und nicht in Zwecküberlegungen. Es geht also um das Geschehene, und der Blick richtet sich in die Vergangenheit.

Ein ausschliesslich auf Vergeltung gerichtetes, keine weiteren sozialen Zwecke anstrebendes Strafrecht wird heute kaum mehr vertreten. Staatliche Eingriffe in die Freiheit und das Eigentum des Einzelnen werden daran gemessen, was sie für den Bestand der Ordnung leisten. Diese Orientierung auf den Schutz führt unweigerlich zur Prävention und damit weg von absoluten Theorien. Schuldvergeltung nur um ihrer selbst Willen erscheint deshalb heute zumeist als kein erstrebenswertes Ziel.

Rein zweckorientiert sind demgegenüber relative Straftheorien. Sie orientieren sich an dem, was nicht mehr geschehen soll, bezwecken also Prävention (sog. negative und positive Spezial- und Generalprävention). Die Problematik dieser Straftheorien liegt darin, dass sie sich – weil einzig auf die Verhinderung künftiger Delikte ausgerichtet – vom strafrechtlichen Schuldprinzip lösen, was zu unhaltbaren Konsequenzen führt[28]:

Die Ausrichtung auf negative Generalprävention legitimiert und fordert vom Prinzip her möglichst drakonische und harte Strafen, selbst für geringfügigste Delikte. Es geht ja einzig darum, die Allgemeinheit durch Statuierung von Exempeln zu rechtstreuem Verhalten zu bewegen. Das erscheint in seiner potentiellen Unverhältnismässigkeit nicht nur heikel, sondern auch als elementarer Verstoss gegen die Menschenwürde des Täters, verkommt er doch zum blossen Objekt, das gesellschaftlichen Zielen diente (Abschreckung). Die Ausrichtung auf die Spezialprävention bewirkt umgekehrt, dass ein Täter, bei dem keine Rückfallgefahr besteht (z.B. infolge seines Alters oder einer Krankheit), auch für ein schwerstes Verbrechen nicht bestraft werden könnte. Dasselbe würde gelten bei Delikten, bei denen keine Wiederholungsgefahr besteht (man denke an die Kriegsverbrecher in Nürnberg) oder bei denen die Rückfallgefahr sehr klein ist, wie etwa bei Tötungsdelikten. Zweifellos würde dies für die Allgemeinheit kaum tolerierbar sein. Umgekehrt müssten Intensivtäter selbst bei geringfügigen Delikten eventuell sehr lange inhaftiert werden, bis dass sie „umerzogen" wären. Das erschiene für die Verhinderung weiterer Delikte möglicherweise zwar zweckmässig, wäre aber mit dem aktuellen Verständnis von persönlicher Freiheit nicht zu vereinbaren.

Die Defizite der absoluten wie auch der relativen Straftheorien haben zu den sog. Vereinigungstheorien geführt, die in Varianten verschiedenster Ausprägung den

---

[27] Zum Ganzen eingehend: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, in AJP 2011, 443-455 m.w.N.

[28] Ganz abgesehen davon, dass diese Theorien auch empirisch nicht zu leisten vermögen, was sie versprechen.

Vorbeugungs- mit dem Vergeltungsgedanken zu verbinden suchen. Auch die Vereinigungstheorien – selbst wenn sie ausserordentlich stark auf Prävention fixiert sind – können aber nicht auf das Vergeltungselement Schuld (zumindest als Strafbegrenzung) verzichten. Artikel 47 StGB ist entsprechend verfasst:

[1] *Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.*

[2] *Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.*

Setzt man dies nun in Bezug zur erwähnten Frage der Wirkungsrichtung Vergangenheit/Zukunft, so ergibt sich: Wenn Strafrecht auch in die Zukunft wirken soll, so entsteht ein Abgrenzungsbedarf zum (materiell-rechtlichen oder formellen) Polizeirecht, das ebenfalls rein prospektiv orientiert ist: Abwehr von Gefahren für die sog. polizeilichen Schutzgüter (teilweise explizit und genau wie im Strafrecht als „Rechtsgüter" bezeichnet) bzw. Beseitigung von Störungen.

Ganz kurz gesagt kann Polizeirecht von Strafrecht nur insofern abgegrenzt werden, als dass es *nur* in die Zukunft blickt, das Strafrecht hingegen zumindest und jedenfalls *auch* in die Vergangenheit. Das Polizeirecht kennt konsequenterweise weder das Schuld- noch das Tatprinzip, sondern v.a. das Störerprinzip. Das Strafrecht hingegen steckt seinen Handlungsspielraum mit einem Blick zurück – auf die Tat und auf die Schuld – ab.

Die sog. „strafrechtlichen" Massnahmen gehören damit eigentlich in die Kategorie der Gefahrenabwehr und nicht ins Strafrecht. Bereits ERNST BELING (1866-1932) hat festgehalten, dass reine Sicherungstheorien, die auf den Blick zurück und das Schuldprinzip verzichten, den Boden des Strafrechts gar nicht erst betreten, selbst wenn das Individuum zuvor ein Verbrechen begangen hat. Hier handle es sich nämlich nur um ein Einschreiten *anlässlich* der begangenen Tat, und eben nicht um Strafe *dafür*. Entsprechend könne bei der Sicherung nicht von Strafe gesprochen werden, die Sicherungsmassnahme habe rein sicherheitspolizeirechtlichen und damit verwaltungsrechtlichen Charakter.[29]

Das Berufsverbot sowohl de lege lata als auch – und insbesondere – das Tätigkeitsverbot de lege ferenda ist nach dem Gesagten nicht Strafrecht, sondern Verwaltungsrecht. Daran ändert auch nichts, dass es vom Betroffenen zweifellos als Strafe empfunden wird. Auch die Wiederherstellungsverfügung, die den Abriss einer widerrechtlich erstellten Baute verlangt, dürfte so empfunden werden. Die Einordnung in das Verwaltungsrecht wird dadurch überdeutlich, dass ausschliesslich mit Präventionsüberlegungen für das Berufsverbot votiert wird, und ausserdem das Schuldprinzip nicht gilt: Gemäss Art. 19 Abs. 3 StGB kann das Gericht auch dort, wo der Täter schuldunfähig ist, ein Berufsverbot gemäss Art. 67 StGB anordnen. Artikel 19 Abs. 3 StGB soll mit der vorliegenden Revision so geändert werden, dass dies auch für das neue Tätigkeitsverbot gilt.

Wenn nun aber das Berufsverbot an sich bereits der Gefahrenabwehr und dem Verwaltungsrecht zuzuordnen ist, gilt dies umso mehr für die vorgesehene

[29] ERNST BELING, Grundzüge des Strafrechts mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen, 10. A., Tübingen 1928, 2 f.

Pflicht, einen erweiterten Strafregisterauszug einzuholen. Die in dieser Vorlage vorgeschlagene Verfassungsänderung ist entsprechend **ganz eindeutig dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen**, mit Strafe im eigentlichen Sinn hat sie nichts zu tun. Insofern ist es auch unzutreffend, wenn im ERLÄUTERNDEN BERICHT etwa von „strafrechtlichen Präventionsmassnahmen" die Rede ist.[30] Damit ergibt sich nun aber ein weiteres Problem:

Gefahrenabwehr und Polizeirecht sind Sache der Kantone. Ein solcher Eingriff in diese Grundordnung ist unseres Erachtens abzulehnen. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das auch dem Bundesrat bewusst ist und er die Vorlage deshalb in ein strafrechtliches Kostüm steckt. So heisst es im ERLÄUTERNDEN BERICHT: *„Indem sie* [d.h. die neue Bestimmung] *in Artikel 123 BV integriert wird, umfassen diese präventiven Massnahmen in erster Linie strafrechtliche Lösungen. Diese strafrechtlichen Lösungen sollten jedoch alle Bereiche betreffen können, das heisst auch diejenigen, in denen keine originäre Kompetenz des Bundes besteht."*[31] Dies ist Augenwischerei: Ob die neue Bestimmung bei Art. 123 BV oder sonstwo in der BV eingeordnet wird, ändert nichts an ihrem Inhalt, und dieser ist eben polizeirechtlicher Natur.

Sollte diese Verfassungsänderung tatsächlich zustande kommen, hätte der Bund im Bereich des Polizeirechts erhebliche – beinahe unabsehbare (siehe sogleich Bst. C) – neue Kompetenzen, die, wenn sie denn ausgeschöpft werden, dem kantonalen Polizeirecht vorgehen dürften.

C. Stark erweiterte Kompetenz durch vorgesehene Ergänzung

Wie bereits angesprochen ist noch einmal in aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass die projektierte Verfassungsänderung dem Bund weit über die Möglichkeit eines obligatorischen Strafregisterauszugs hinausgehende Kompetenzen einräumt. Das wird denn auch in den Erläuterungen zu Art. 123 Abs. 4 (neu) BV gesagt:

Die neue Bestimmung dient als Grundlage für die Einführung einer Pflicht zur Einholung eines Strafregisterauszugs. Sie wurde jedoch etwas allgemeiner gefasst, so dass sie ***auch als Grundlage für weitere präventive Massnahmen*** *dienen kann. Indem sie in Art. 123 BV integriert wird, umfassen diese präventiven Massnahmen* ***in erster Linie strafrechtliche Lösungen****. Diese strafrechtlichen Lösungen sollen jedoch* ***alle Bereiche*** *betreffen können, das heisst auch diejenigen,* ***in denen keine originäre Kompetenz des Bundes*** *besteht.*[32]

„***Etwas*** *allgemeiner gefasst*" ist doch sehr euphemistisch. Die Bestimmung ist derart offen formuliert, dass darunter unzählige „Präventionsvorhaben" subsumiert werden können.

Gerade im Zusammenhang mit der Motion HOCHREUTENER (Verbot von elektronischen Killerspielen)[33] wurde vom Bundesrat bspw. festgehalten, dass eine Einzelermächtigung in der BV fehle, um seitens des Bundes Präventivmassnahmen zur Gewährleistung eines wirksamen Kinder- und Jugendschutzes im Bereich von elektronischen Gewalt- und Killerspielen festlegen zu können. Ginge man mit den Motionären HOCHREUTENER und ALLEMANN[34] einig, dass „Killerspiele" für Kinder

---

30 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 31.

31 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 31.

32 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 31.

33 Motion 07.3870 von NORBERT HOCHREUTENER, eingereicht am 12.12.2007.

34 Motion 09.3422 von EVI ALLEMANN, eingereicht am 30.04.2009.

und Jugendliche ein erhöhtes Gefährdungspotential innehaben verglichen mit demjenigen für Erwachsene, müsste wohl in diesem Bereich bald unter dem Titel Jugendschutz und gestützt auf den vorliegenden Vorentwurf zur Änderung der BV legiferiert werden. Ob eine solche – ausufernde und unabsehbare – Kompetenzausweitung des Bundes wünschenswert ist, wagen wir in Fragen zu stellen.

IV. Berufsverbot DE LEGE LATA (Art. 67 f. StGB)

Bis 2006 war das Berufsverbot als Nebenstrafe ausgestaltet und konnte nur für bewilligungspflichtige Berufe verhängt werden (Art. 54 aStGB). Dadurch war bereits eine Aufsicht und die Möglichkeit des Bewilligungsentzuges gegeben und ein zusätzliches Verbot im StGB an sich nicht notwendig. Kritik erwuchs dem Berufsverbot allerdings auch, weil es als „ernsthaftes Hindernis für die Resozialisierung des Täters" galt.[35]

Obwohl die Expertenkommission zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB in ihrem Vorentwurf entsprechend von der Möglichkeit eines Berufsverbotes absah, wurde es nicht etwa nur beibehalten, sondern zusätzlich auf nicht bewilligungspflichtige Berufe ausgedehnt und bei den „anderen Massnahmen" eingereiht. „Dem Einwand der Resozialisierungsgefährdung wurde begegnet, indem das Berufsverbot nach Art. 67 f. StGB restriktiv gefasst wurde, um die Sanktion auf die gravierendsten Fälle zu beschränken. Zudem wurde die Möglichkeit geschaffen, nur bestimmte missbrauchsgefährdete Tätigkeiten innerhalb eines Berufes zu verbieten (und nicht den Beruf als Ganzes). Schliesslich besteht neu die Möglichkeit, nur die selbständige Ausübung einer Tätigkeit zu verbieten, bevor die Tätigkeit ganz verboten wird."[36]

1. Kritik am Berufsverbot

Die **Bezeichnung „Berufsverbot"** gibt nicht angemessen den Sinn der Bestimmung wieder. Viel besser wäre die Bezeichnung „Beschränkung der Berufsausübung" gewesen, womit klargestellt würde, dass im Regelfall nicht eine vollständige Verhinderung der Berufsausübung bezweckt wird und dass dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen ist.[37]

Gegner des Berufsverbotes wenden zudem ein, dass es einen **allzu schweren Eingriff in die wirtschaftliche Existenzfähigkeit** der betroffenen Person darstelle und dass die **Resozialisierung gefährdet** sei, insbesondere dann, wenn der Täter keinen anderen Beruf erlernt habe.[38]

2. Materielle Voraussetzungen

Die Anordnung eines Berufsverbotes setzt materiell eine **Gefahr weiteren Missbrauchs** voraus. Das Gericht prüft diese Voraussetzung anhand der Frage, ob Täter „auch nach der Verurteilung zur Hauptstrafe die Ausübung ihres Berufs als Basis zur Begehung weiterer Straftaten" benutzen werden.[39] Es handelt sich dabei zwar um die zentrale Voraussetzung, das Gericht hat aber ferner auch zu prüfen, ob die **Massnahme geeignet und verhältnismässig** ist. Das Verhältnismässigkeitsprinzip zeigt sich einerseits in der „kann"-Formulierung in Art. 67 Abs. 1

---

[35] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 6.

[36] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 6.

[37] CHRISTOPH HAFFENMEYER, Art. 67 N 2, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGB/Jugendstrafgesetz, 2. Aufl. Basel 2007.

[38] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 4.

[39] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 10; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl. Bern 2006, § 13 N 19.

StGB, aber auch in Art. 56a StGB, wonach das Gericht diejenige Massnahme anordnet, die den Täter am wenigsten beschwert, wenn mehrere Massnahmen in gleicher Weise geeignet sind, aber nur eine Massnahme notwendig ist. Dieser Vorrang der resozialisierenden vor der sichernden Massnahme ist auch im Hinblick auf das Berufsverbot zu berücksichtigen, zumal es sich auch hierbei um einen grundlegenden Eingriff in die Grundrechte des Täters handelt.[40]

Das Gericht hat also den Schutz potentieller Opfer den Interessen der verurteilten Person an ihrer wirtschaftlichen Existenz einander gegenüber zu stellen.[41]

3. Formelle Voraussetzungen

Damit der Täter mit einem Berufsverbot belegt werden kann, wird vorausgesetzt, dass er wegen eines **Verbrechens oder Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen** verurteilt worden ist. Obschon nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 105 Abs. 3 StGB ein Berufsverbot auch für Übertretungen ausgesprochen werden könnte, macht dies inhaltlich angesichts genannter Voraussetzung wenig Sinn, zumal Übertretungen weder mit Freiheits- noch mit Geldstrafe geahndet werden, sondern mit Busse.[42] Darum beschränkt sich die Zulässigkeit von Berufsverboten auf diejenigen Fälle, die im Gesetz ausdrücklich genannt sind (Art. 105 Abs. 3 StGB).

Die Tat, die zur Verurteilung führt, muss in Ausübung des Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäfts begangen worden sein. Dieser „funktionale Zusammenhang" wird unabhängig davon verlangt, ob es sich bei der Tätigkeit um eine haupt- oder nebenberufliche handelt.[43] Entscheidend ist, dass der Täter seine berufliche, gewerbliche oder handelsgeschäftliche Tätigkeit dazu missbraucht, um Zwecke zu verfolgen, die der beruflichen Aufgabe nicht immanent sind oder ihr gar zuwiderlaufen. Als Beispiele können sexuellen Handlungen mit Schülerinnen und Schülern, sachwidriges Verschreiben von Betäubungsmitteln durch eine Ärztin oder die Zuleitung von Waffen an den inhaftierten Mandanten durch einen Anwalt genannt werden.[44]

4. Rechtsfolgen

Ein Berufsverbot kann einerseits für die **konkrete Tätigkeit** des Verurteilten erfolgen, andererseits aber auch für eine **„vergleichbare Tätigkeit"**. Was unter den Begriff der vergleichbaren Tätigkeit fällt, ist weder dem Wortlaute nach eindeutig, noch einfach zu eruieren. Mangels Möglichkeit, abschliessend die verbotenen Tätigkeiten eines Berufsverbotes beschreiben zu können, erhofft man sich eine erhöhte präventive Wirkung von Art. 294 StGB, der die **Übertretung eines Berufsverbotes** mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe ahndet.[45]

Die Dauer des Berufsverbotes ist gesetzlich vorgeschrieben und liegt zwischen **sechs Monaten und 5 Jahren**. Innerhalb dieses Zeitrahmens liegt es im richterlichen Ermessen, die Dauer festzulegen.[46] Berücksichtigt werden sollte dabei insbesondere die Gefahr eines Rückfalls sowie die Art des Delikts.[47]

---

[40] Zum Ganzen BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 11.

[41] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 11 m.H. auf STRATENWERTH, AT II, § 13 N 19.

[42] Vgl. hierzu auch BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 12.

[43] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 13.

[44] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 13 m.w.H.

[45] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 15.

[46] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 17 m.H. auf STRATENWERTH, AT II, § 13 N 23.

[47] STRATENWERTH, AT II, § 13 N 23.

Um dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, sieht Art. 67 Abs. 1 StGB vor, dass die Berufsausübung auch nur **teilweise verboten** werden kann. Dies bedeutet, dass letztlich das Berufsverbot auf diejenigen Tätigkeiten innerhalb eines Berufes beschränkt werden sollte, die beim Täter als besonders missbrauchsanfällig einzustufen sind.[48]

Aufgrund der Verhältnismässigkeit der Massnahme, aber auch im Hinblick auf die Kritik bezüglich Resozialisierung muss sich gemäss Art. 67 Abs. 2 StGB das Berufsverbot zunächst nur gegen die **selbständige Tätigkeit** richten. Nur wenn die Gefahr besteht, dass der Täter seine Tätigkeit auch dann zu Straftaten benützen könnte, wenn er sie nach Weisung und unter Kontrolle eines Vorgesetzten ausübt, ist ihm die Tätigkeit ganz, d.h. auch in unselbständiger Ausübung zu untersagen.[49]

Gestützt auf Art. 371 Abs. 1 StGB kann jede Person beim schweizerischen Zentralstrafregister einen schriftlichen Auszug aus dem Strafregister anfordern, der Urteile wegen Verbrechen und Vergehen ausweist sowie Übertretungen im Auszug, wenn ein Berufsverbot nach Art. 67 StGB verhängt wurde. Das Berufsverbot wird gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. f VOSTRA-Verordnung[50] in das Strafregister eingetragen, wobei der Eintrag Informationen zur Dauer und Art der verbotenen Tätigkeit sowie über das Ausmass des Verbots Auskunft gibt (Art. 25 Abs. 2 Ziff. 11 VOSTRA-Verordnung).

5. Vollzug gemäss Art. 67a StGB

Der Vollzug von Berufsverboten ist in Art. 67a StGB geregelt. Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass die Wirkung des Berufsverbots zwar nach Rechtskraft des Urteils eintritt, jedoch die Dauer des verhängten Berufsverbotes erst nach einem allfälligen Vollzug einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme abzulaufen beginnt (Art. 67a Abs. 1 StGB).[51] In den Abs. 3-5 des Art. 67a StGB sind die Voraussetzungen für eine allfällige Einschränkung oder Aufhebung des Berufsverbots geregelt.[52]

Solche nachträglichen Entscheide über das Berufsverbot, wie die zeitliche Einschränkung oder die Aufhebung, werden im Strafregister eingetragen (Art. 5 lit. c VOSTRA-Verordnung).

V. Berufsverbot DE LEGE FERENDA (Art. 67-67c VE-StGB)

Die Neuerungen nach Art. 67-67c VE-StGB sind hauptsächlich im Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip problematisch oder zumindest fragwürdig, was nachfolgend anhand der einzelnen Bestimmungen aufgezeigt wird.

1. Ausweitung auf die Deliktsbegehung bei ausserberuflicher Tätigkeit

Im Rahmen des Rechtsvergleichs zeigt der ERLÄUTERNDE BERICHT auf, dass in Frankreich, Österreich, Italien, Belgien, Vereinigtes Königreich und Kanada eine Straftat nicht in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit mit Kindern begangen worden sein muss, damit eine solche Tätigkeit verboten werden kann.[53]

---

[48] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 16; STRATENWERTH, AT II, § 13 N 21.

[49] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67 N 18 f.; STRATENWERTH, AT II, § 13 N 22.

[50] Verordnung vom 29. September 2006 über das Strafregister (SR 331; VOSTRA-Verordnung).

[51] BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67a N 2; STRATENWERTH, AT II, § 13 N 24.

[52] Hierzu BSK StGB^2-HAFFENMEYER, Art. 67a N 4 ff.; STRATENWERTH, AT II, § 13 N 26 f.

[53] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 26.

Für das Opfer macht es keinen Unterschied, ob der Täter die Straftat im Rahmen einer beruflichen oder ausserberuflichen Tätigkeit begangen hat. Insofern scheint der Einbezug der Straftatbegehung bei ausserberuflicher Tätigkeit sinnvoll.

2. Ausweitung des Verbots auf ausserberufliche Tätigkeiten

Die Rechtsvergleichung im ERLÄUTERNDEN BERICHT hat ergeben, dass sämtliche untersuchten Länder eine Form des Verbots von ausserberuflichen Tätigkeiten kennen.[54]

Im Zusammenhang mit den Verboten ausserberuflicher Tätigkeit stellt sich dieselbe Frage wie bei den Verboten beruflicher Tätigkeit: Vermag die Grundrechtseinschränkung vor den Voraussetzungen von Art. 36 BV, insbesondere der Verhältnismässigkeit standzuhalten? Zwar spricht der ERLÄUTERNDE BERICHT das Problem an und gibt zu, dass nicht ausgeschlossen werden könne, „*dass es gewisse Formen der Freizeitgestaltung gibt, welche die elementare Persönlichkeitsentfaltung tangieren (Grundrecht der persönlichen Freiheit, Art. 10 Abs. 2 BV)*“. Eine Lösung dieses Interessenkonflikts wird aber nicht einmal im Ansatz aufgezeigt. Das mag daran liegen, dass diesbezüglich kaum generelle Aussagen möglich sind. Schwierigkeiten bietet aber auch die Frage nach dem Umfang des Verbotes. Wo beim Berufsverbot der Umfang aufgrund der Tätigkeit des Verurteilten wohl einigermassen klar umrissen werden kann, bietet die grosse Auswahl ausserberuflicher Tätigkeiten dem Richter wohl grosse Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Tätigkeitsverbots.

Zu beachten ist ferner, dass bei der Verhängung von Sanktionen und damit auch bei Verhängung des Berufsverbots der Fokus auf der Person des Täters liegt (vgl. auch Art. 47 StGB). Es muss daher im Einzelfall geprüft werden, ob eine Massnahme für den Täter geeignet ist. Die vorgeschlagene Erweiterung ist zwar vom Standpunkt des Schutzgedankens her verständlich, dennoch ist die Wirksamkeit einer solchen Erweiterung fragwürdig.

Problematisch an der Ausweitung des Berufsverbotes auf Straftaten im Rahmen ausserberuflicher Tätigkeit ist aber vor allem, dass sie eine Sicherheit vorspiegelt, die gar nicht geboten werden kann: Dadurch, dass einem Jugendgruppenleiter, der sexuelle Handlungen an den ihm anvertrauten Kindern vornimmt, ein ausserberufliches Tätigkeitsverbot auferlegt wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass er sich in seiner Freizeit in der Nähe von Kinderspielplätzen aufhält und damit weitere Möglichkeiten zur Tatbegehung findet. Richtig sind diesbezüglich auch die Ausführungen im ERLÄUTERNDEN BERICHT:

[…] So kann niemandem jeglicher Kontakt zu Kindern verboten werden, denn er könnte sich dadurch nicht mehr in der Öffentlichkeit bewegen und kein soziales Leben führen.[55]

Dasselbe gilt auch umgekehrt für die Tätigkeitsverbote, denn auch in erweiterter Form kann ein Tätigkeitsverbot nicht alles Böse aus der Welt schaffen, selbst dann nicht, wenn man dem Straftäter sämtliche ausserberuflichen Tätigkeiten verbieten würde (was ja unter dem Aspekt von Art. 10 Abs. 2 BV kaum zulässig wäre).

3. Unmündige oder andere besonders schutzbedürftige Personen

Die vorgeschlagenen Änderungen des Berufsverbotes zielen insbesondere auf einen verbesserten Schutz von Kindern und Jugendlichen sowie anderen besonders schutzbedürftigen Personen ab[56]. Dies zeigt sich an den qualifizierten Tätigkeits-

---

[54] S. 25 f.

[55] S. 22.

[56] Vgl. hierzu S. 6.

verboten, wie sie in Art. 67 Abs. 2 und 3 VE-StGB vorgesehen sind. Insbesondere Art. 67 Abs. 3 VE-StGB sieht für bestimmte Straftaten, sofern deren Opfer unter 18 Jahren ist, sowie für Straftaten nach Art. 187 (Sexuelle Handlungen mit Kindern), Art. 188 (Sexuelle Handlungen mit Abhängigen) und Art. 197 Ziff. 3 StGB (qualifizierte Pornographie) – sofern der Inhalt sexuelle Handlungen mit Kindern darstellt – ein obligatorisches, vollumfängliches Tätigkeitsverbot für zehn Jahre vor.

Ob ein qualifiziertes Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 2 und 3 VE-StGB gegenüber einem allgemeinen Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 1 VE-StGB wirksamer ist, bleibt zweifelhaft. Da selbst die abschreckende Wirkung von Strafen nicht belegt ist, muss dies wohl umso mehr für die Massnahmen gelten, weil der Täter kaum abschätzen kann, ob er die Voraussetzungen für eine Massnahme erfüllt. Zu bedenken ist aber auch, dass gerade im Bereich der Sexualdelikte häufig psychische Faktoren hineinspielen, die dazu führen können, dass ein Tätigkeitsverbot per se als geeignete Massnahme entfällt.

Auch im Zusammenhang mit der Erfassung des Berufsverbotes im Strafregisterauszug kann davon ausgegangen werden, dass auch ohne Qualifikation ein verstärkter Schutz vorhanden ist, der aber in Bezug auf den Täter keinen unverhältnismässigen Eingriff in seine Grundrechte darstellt.

Die Qualifikationen in Abs. 2 und 3 von Art. 67 VE-StGB sind daher abzulehnen.

4. Absolutes Tätigkeitsverbot (Art. 67 Abs. 3 VE-StGB)

A. Obligatorisches Tätigkeitsverbot (Art. 67 Abs. 3 VE-StGB)

Der Rechtsvergleich im ERLÄUTERNDEN BERICHT[57] hat ergeben, dass obligatorische Verbote in den untersuchten Rechtsordnungen eher die Ausnahme seien. Dies überrascht nicht, da das obligatorische Verbot – zumindest in der im Entwurf vorgeschlagenen Form – unhaltbar ist.

Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass mit dieser „Massnahme" ein Fremdkörper in Form einer heute unbekannten Sanktion im geltenden Recht eingeführt werden soll, indem für ihre Anordnung nicht die Zukunftsprognose, sondern rein die Vergangenheit entscheidend[58], für ihre Dauer aber umgekehrt die Vergangenheit (also Deliktsschwere, Schuld, Verschulden etc.) völlig unerheblich sein soll. Eine solche Kombination von Erfolgsstrafrecht und Straftarifen dreht das Rad der Zeit um mindestens 200 Jahre zurück: In eine Zeit vor FEUERBACH.

Dogmatisch wäre zu klären, ob es sich beim Tätigkeitsverbot um eine Strafe oder um eine Massnahme handeln soll:

- Entweder ist das Tätigkeitsverbot eine **Strafe**. Dann hat sie vergangenheitsorientiert zu sein. Sie ist gemäss dem Verschulden zuzumessen (Art. 47 StGB), und das Schuldprinzip gilt. Der Schuldunfähige ist konsequenterweise freizusprechen. Da der VE allerdings keine Strafzumessung vorsieht, sondern fix ein Tätigkeitsverbot für zehn Jahre, und das selbst bei Schuldunfähigen (Art. 19 Abs. 3 VE-StGB), kann es sich um keine Strafe handeln.

- Oder aber es handelt sich um eine **Massnahme**. Massnahmen werden nicht für, sondern *anlässlich* einer Straftat verhängt. Ihre Anordnung stützt sich entsprechend nicht auf das Delikt, sondern auf die Zukunftsprognose.

---

[57] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 28.

[58] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 17.

Dadurch wird in gewisser Weise die Durchbrechung des Schuldprinzips legitimiert. Als Einschränkung kommt jedoch zum Tragen, dass die Massnahme aufzuheben ist, sobald die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, mit anderen Worten wenn die Zukunftsprognose die Massnahme nicht mehr zu legitimieren vermag. Da nun aber die Zukunftsprognose hier gar keine Rolle spielen soll, und dementsprechend die Dauer der „Massnahme" fix bestimmt ist, kann es sich auch nicht um eine Massnahme handeln.

Dieses Gemenge von Strafe und Massnahme ist bis dato im StGB zu Recht nie untergekommen, es ist unhaltbar und ganz klar abzulehnen.

Würde der Vorschlag tatsächlich geltendes Recht, müsste dies ganz zwangsläufig zu extrem stossenden Ergebnissen führen: Derjenige etwa, der wegen sexueller Handlung mit einem fast 16-jährigen Kind zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen verurteilt wird, würde mit dem gleichen Tätigkeitsverbot belegt wie derjenige, der mit einem Kleinkind sexuelle Handlungen vornimmt und zu einer viel höheren Freiheitsstrafe verurteilt wird.

Auch erscheint völlig willkürlich, dass demjenigen, der einen 17-jährigen Mann sexuell nötigt (Art. 189 StGB) automatisch und unabhängig von der Prognose das Tätigkeitsverbot von zehn Jahren nach Art. 67 Abs. 3 VE-StGB *zwingend* auferlegt werden muss, während er – wäre das Opfer gerade 18 geworden – „nur" in den Anwendungsbereich von Art. 67 Abs. 1 oder 2 VE-StGB geriete.

B. Gänzliches Verbot der Tätigkeit (Art. 67 Abs. 5 letzter Satz VE-StGB)

Im Prinzip lehnt sich diese Regelung an das geltende Recht von Art. 67 Abs. 2 StGB an. Der verqueren Logik von Art. 67 Abs. 3 VE-StGB folgend ist zwar konsequent, dass auch hier die Prognose ausgeschlossen wird und in jedem Fall die Tätigkeit gänzlich, also auch unter Aufsicht, verboten wird. Dies ist jedoch aus den bei der Stellungnahme zu Art. 67 Abs. 3 VE-StGB genannten Gründen auch unannehmbar.

C. Straftatenkatalog (Art. 67 Abs. 3 VE-StGB)

Angesichts dessen, dass ein obligatorisches Tätigkeitsverbot so klar unhaltbar ist, ergibt es keinen Sinn, auf den Deliktskatalog näher einzugehen. Wichtig scheint aber dennoch die Anmerkung, dass die in Art. 67 Abs. 3 lit. b VE-StGB aufgeführten Mindeststrafen von 30 Tagen Freiheitsstrafe oder 30 Tagessätzen Geldstrafe dermassen tief angesetzt sind, dass trotz der scheinbaren Beschränkung schlichtweg alles in ihren Anwendungsbereich kommt, ausgenommen absolute Bagatellen.

5. Definition beruflicher und organisierter ausserberuflicher Tätigkeit (Art. 67 Abs. 4 VE-StGB)

In Art. 67 Abs. 4 VE-StGB werden als berufliche Tätigkeiten sämtliche Tätigkeiten in Ausübung eines Haupt- oder Nebenberufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes umschrieben.

Als organisierte ausserberufliche Tätigkeiten gelten diejenigen Tätigkeiten, die nicht oder nicht primär zu Erwerbszwecken und die im Rahmen eines Vereins oder einer anderen Organisation ausgeübt werden. Gemeint sind z.B. freiwillige Tätigkeiten in einem Sportverein, im Rahmen von Jugend und Sport, der Schule, der Kirche, der Krankenpflege, etc. Hinsichtlich der qualifizierten Verbote in Art. 67 Abs. 2 und 3 VE-StGB sollen dies primär Vereine und Einrichtungen sein,

welche die Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Pflege von unmündigen oder besonders schutzbedürftigen Personen zum Ziel haben. [59]

Die Definition an sich ist grundsätzlich unproblematisch. Im Kontext mit den Bestimmungen in Art. 67 Abs. 1-3 und 67a VE-StGB stellt sich jedoch wiederum die Frage nach der Legitimität des Grundrechteingriffes. [60]

6. Lebenslängliches Tätigkeitsverbot (Art. 67 Abs. 6 VE-StGB)

Der rechtsvergleichende Teil zeigt, dass in den meisten der betrachteten Länder ein Berufsverbot zwischen 1-5 Jahre und/oder unbefristet lange dauern kann.[61]

Diese Angaben vermögen allerdings nicht darüber hinwegzutäuschen, dass im Hinblick auf die Rechtfertigung einer solchen Massnahme bezüglich Verhältnismässigkeit im engeren Sinn ein arger Begründungsnotstand herrscht. Das zeigen deutlich auch – ohne weitere Begründung angebrachte - Formulierungen zur Grundrechtskonformität wie: *Es kann davon ausgegangen werden, dass die vorgeschlagenen Massnahmen einem überwiegenden öffentlichen Interesse entsprechen.*[62]

Bereits der Wortlaut von Art. 67 Abs. 6 VE-StGB, wonach das Gericht ein qualifiziertes Tätigkeitsverbot verhängen kann, „*wenn zu erwarten ist, dass die Dauer von zehn Jahren zur Abwendung der vom Täter ausgehenden Gefahr nicht ausreicht"* zeugt von dem ungeheuren Ermessen, aber auch von der Verantwortung, die den Gerichten aufgebürdet wird, denn: Welcher Richter kann zehn Jahre in die Zukunft blicken und die Entwicklung eines Straftäters abschätzen? In dieser Hinsicht zurückhaltender und dem Rechtsstaat angemessener ist daher Art. 67 Abs. 6 2. Satz VE-StGB, wonach bei zeitlich befristeten Verboten diese um jeweils höchstens fünf Jahre verlängert werden können, sofern dies aufgrund der Sozialgefährlichkeit des Täters notwendig ist.

Der ERLÄUTERNDE BERICHT, der das Verhältnismässigkeitsprinzip dadurch respektiert sieht, dass ein lebenslängliches Verbot einerseits nur aufgrund bestimmter Taten bzw. bestimmter Opfer, andererseits nur gestützt auf eine negative Legalprognose möglich ist[63], vermag nicht zu überzeugen, zumal damit keine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Täters und dem öffentlichen Interessen (Verhältnismässigkeit i.e. Sinn) ersetzt werden kann. Auch die Überprüfungs- bzw. Beendigungsmöglichkeiten in Art. 67 b Abs. 5 lit. c VE-StGB nach 15 (!) Jahren sind – auch im Vergleich mit den Bestimmungen zur Verwahrung in Art. 64a StGB – überdurchschnittlich lange.

Ein „ab ovo" verhängbares Tätigkeitsverbot ist aus diesen Gründen abzulehnen.

7. Bewährungshilfe (Art. 67 Abs. 7 VE-StGB)

Die Überwachung entlassener Täter und damit auch die Umsetzung der verschiedenen Verbote obliegt in den meisten untersuchten Rechtsordnungen zwei Behörden: Einerseits der Bewährungshilfe (Deutschland, Österreich und Kanada) bzw. dem Sozialdienst, andererseits einer Aufsichtsstelle (Deutschland, Schweden, Frankreich, Österreich).[64]

---

[59] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 34.

[60] Vgl. hierzu S.4 ff.

[61] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 28.

[62] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 46.

[63] S. 48 f.

[64] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 28.

Artikel 67 Abs. 7 VE-StGB sieht eine fakultative Anordnung von Bewährungshilfe für die Dauer des (Tätigkeits-, Kontakt- oder Rayon-)Verbots durch die Gerichte vor. Nur in den Fällen, da ein Verbot aufgrund einer Straftat nach Art. 67 Abs. 3 VE-StGB verhängt wurde, soll die Anordnung der Bewährungshilfe obligatorisch sein.

Obschon das zur Seite stellen einer Bewährungshilfe hilfreich sein könnte, um weitere Straftaten zu verhindern, lässt sich dem BERICHT nichts darüber entnehmen, wie eine solche Bewährungshilfe ausgestaltet sein könnte. Um tatsächlich die rigide Einhaltung eines Tätigkeits-, Kontakts- oder Rayonverbots gewährleisten zu können, müsste wohl eine Betreuung rund um die Uhr erfolgen. Dass dies personaltechnisch wohl kaum zu bewerkstelligen ist, muss hier nicht weiter ausgeführt werden. Geht man aber davon aus, dass grundsätzlich nur eine Teilzeitbetreuung durch die Bewährungshilfe möglich ist, so ist nicht einzusehen, weshalb deren Anordnung bei bestimmten Straftaten obligatorisch sein soll und nicht auch fakultativ erfolgen kann. Zudem sollte es im Ermessen des Gerichtes belassen werden, wann überhaupt eine Bewährungshilfe notwendig und sinnvoll ist, um zu vermeiden, dass einzig aufgrund der begangenen Straftat, nicht aber aufgrund der Eignung der Massnahme für den Täter entschieden wird.

Es scheint denn auch nicht angemessen, eine solche Verantwortung – de facto sollen die Bewährungshelfer den Täter an der erneuten Ausübung einer Straftat hindern (was ganz quer zu ihrer Funktion steht und dem Vertrauensverhältnis, das sie zum Betreuten aufbauen müssen) – einzelnen Personen aufzubürden.

VI. Kontakt- und Rayonverbot (Art. 67a VE-StGB)

1. Anwendungsbereich (Art. 67a Abs. 1 VE-StGB)

Vorgesehen ist, dass das Kontakt- und/oder Rayonverbot bei jeder Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens (Übertretungen hingegen nicht) gegen den Täter verhängt werden kann, wenn die Gefahr besteht, dass er bei einem Kontakt zu bestimmten Personen weitere Verbrechen oder Vergehen begehen wird.

Auffallend ist, dass keine Mindestschwere der Tat vorausgesetzt ist, solange sie in die Kategorie Verbrechen oder Vergehen fällt. Das kontrastiert äusserst merkwürdig mit der Minimaldauer des Kontakt- und/oder Rayonverbots von sechs Monaten. Diese Minimaldauer wird in keiner Art und Weise begründet, und findet sich im Übrigen auch in Art. 28b ZGB nicht – auf den im ERLÄUTERNDEN BERICHT sonst immer als analoge Bestimmung hingewiesen wird[65]. Es ist nicht einsichtig, weshalb das Ermessen der Richters gegen unten beschnitten werden sollte, dementsprechend ist diese Vorlage abzulehnen.

Problematisch ist auch die begriffliche Umschreibung der Opfer mit „eine oder mehrere bestimmte Personen oder […] Personen einer bestimmten Gruppe“. Insbesondere der zweite Teil der Umschreibung dürfte zu Auslegungsschwierigkeiten führen: Was ist eine bestimmte Gruppe? Wenn beispielsweise ein Täter sexuelle Handlungen mit einem Kind begeht, ist nicht ohne weiteres klar, ob und unter welchen Umständen dieses Kind einer Gruppe zugeordnet werden kann. Gehört es zur Gruppe „Familie“, und könnte damit ein Kontakt- und/oder Rayonverbot für die ganze Familie verhängt werden? Oder gehört das Kind, das ja auch zu Schule geht, zur Gruppe „Schüler“, und dem Täter könnte ein Kontakt- und/oder Rayonverbot für eine Schule bzw. ein Schulhaus verhängt werden? Leider spricht sich der ERLÄUTERNDE Bericht dazu nicht aus, obwohl dies ein entscheidender

[65] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 19 und 35.

Punkt ist. Immerhin scheint der Gesetzestext dahingehend einzuschränken, dass es nicht ausreicht, wenn nur gegen *eine* Person einer Gruppe ein Delikt verübt wird: Der Text spricht von Person*en* einer bestimmten Gruppe. Ob das so gewollt war, entzieht sich unserer Kenntnis. Angesichts der äusserst offenen Formulierung und der Tatsache, dass sich nicht einmal den Materialien viel entnehmen liesse, ist der Vorschlag aber so abzulehnen.

Auch merkwürdig ist die Aussage des ERLÄUTERNDEN BERICHTS, wonach das Kontaktverbot vor allem bei Personen mit einer relativ günstigen Prognose zur Anwendung kommen werde,[66] währenddem der Entwurf klar die Gefahr weiterer Verbrechen oder Vergehen voraussetzt. So günstig kann die Prognose nicht sein, wenn diese Gefahr tatsächlich droht. Umgekehrt ist bei günstiger Prognose – die im Übrigen gemäss der Regelung von und Rechtsprechung zu Art. 42 StGB zu vermuten ist – nicht einsichtig, weshalb dann noch eine Massnahme nötig wäre. Es wird offensichtlich, dass es wohl nicht in erster Linie um die Legalprognose des Täters, sondern um die Befriedigung vermeintlicher Sicherheitsbedürfnisse der Bevölkerung gehen dürfte. Wir wagen jedoch zu bezweifeln, dass die Bevölkerung tatsächlich mehr und härtere Strafe fordert. Die Politik und die Medien scheinen sich auf eine „Öffentlichkeit" zu berufen, die es so nicht gibt, aber dessen ungeachtet für die Legitimation eigener Anliegen fruchtbar gemacht werden soll. Soweit nämlich empirische Untersuchungen zum Strafbedürfnis und der Punitivität der Bevölkerung vorliegen (und tatsächlich liegen aktuelle Untersuchungen vor), ergeben sie ein gänzlich andere Bild. Die Bevölkerung erscheint danach als erheblich und deutlich weniger punitiv und repressiv als Politik und Medien.[67]

Ungenau ist die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Aussage, dass dort, wo keine relativ günstige Prognose vorliege, wohl die Voraussetzungen für eine stationäre Behandlung oder eine Verwahrung vorlägen.[68] Selbstverständlich sind sowohl an die stationären therapeutischen Massnahmen wie auch die Verwahrung weitere Voraussetzungen geknüpft, die Absenz einer relativ günstigen Prognose – um bei den Worten des ERLÄUTERNDEN BERICHTS zu bleiben – vermag dies nicht zu begründen. Was aber erschreckt ist die Richtung, in die sich unser Strafrecht – man wagt schon heute kaum noch, es so zu nennen – entwickeln soll: Hin zu einem Gefahrenabwehrrecht. Entscheidend ist nur die Prognose: Ist sie relativ günstig: Tätigkeitsverbot, ist sie nicht so relativ günstig: stationäre Massnahme oder gar Verwahrung. Das ist eine klare Absage an das Schuldprinzip[69] und eine Rück-

---

66 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 19.

67 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 Suizidbeihilfe hält, Jusletter 13. September 2010), die ein Auseinanderklaffen von Einstellungen der Bevölkerung und der medialen und politischen Diskussion nachweist.

68 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 19.

69 Was zu parlamentarischen Vorstössen wie der parlamentarischen Initiative 09.500, StGB. Streichung der Artikel 19 und 20, eingereicht von MARTINA GEISSBÜHLER am 2.12.2009, führt, welche tatsächlich von 39 Parlamentariern mitunterzeichnet wurde und der im NR 57 Parlamentarier Folge geben wollten. Abrufbar unter www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20090500, 26.5.2011.

versetzung in die Vormoderne, in die Zeit vor PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH. Eine Hinwendung weg vom Straf- und hin zum Polizeirecht gefährdet ganz grundsätzlich die strafprozessualen Garantien, die uns als Errungenschaft eines modernen Rechtsstaates erscheinen. Diese Fehlentwicklung ist in aller Form abzulehnen.

2. Inhalt (Art. 67a Abs. 2 VE-StGB)

A. Durchsetzbarkeit als Kriterium?

Auffällig ist, dass im ERLÄUTERNDEN BERICHT die Durchsetzbarkeit des Kontakt- und/oder Rayonverbots Thema ist: *„Es ist nicht das primäre Ziel, dass z.B. einem pädophilen Täter verboten werden kann, sich Schulhäusern näher als 30 Meter zu nähern. Dieses Verbot wäre nicht oder nur mit grossem Aufwand durchsetzbar."*[70] Das Kriterium der Durchsetzbarkeit oder der Verhältnismässigkeit des Aufwands findet sich jedoch im Gesetzestext mit keiner Silbe erwähnt.

B. Negatives Rayonverbot?

Besonders problematisch erscheint die Variante von Art. 67a Abs. 2 lit. d VE-StGB, wonach einem Betroffenen auch verboten werden kann, einen bestimmten Ort zu verlassen. Es handle sich um eine Art negatives Rayonverbot, zu denken sei etwa an ein Haus, ein Quartier oder eine Ortschaft.[71]

Einerseits ist zu bemerken, dass es sich dabei um einen ganz erheblichen Grundrechtseingriff handelt, der wohl kaum je verhältnismässig sein dürfte. Es erscheint kein Beispiel vorstellbar, wo ein Täter, um nicht wieder mit bestimmten Personen in Kontakt zu kommen und deshalb wieder zu delinquieren, als mildeste Massnahme in seinem Haus bleiben müsste. Er könnte sich bspw. in einen anderen Landesteil oder gar ins Ausland begeben, und die Gefahr für die Personen, die geschützt werden sollen, wäre gebannt. Anders gesagt: Mit welchem Recht kann dem Täter verboten werden, nach Bern zu gehen, wenn die zu schützenden Personen in Zürich sind? Der erläuternde Bericht kann denn auch die Verhältnismässigkeit überhaupt nicht aufzeigen. Ein negatives Rayonverbot als Massnahme erscheint also nie verhältnismässig.

Kommt hinzu, dass damit de facto eine neue Strafart geschaffen würde. Das ist unzulässig. Es besteht ein numerus clausus von Strafen, der Freiheitsstrafe, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit und Bussen umfasst. Ein negatives Rayonverbot ist eine faktische Freiheitsstrafe. Das ist deshalb so verheerend, weil – im Unterschied zur Freiheitsstrafe – das Schuldprinzip nicht gilt (vgl. Art. 19 Abs. 3 VE-StGB) und generell das Verschulden als Strafzumessungsfaktor ausscheidet. Mit dem „Hausarrest" nach Art. 67a Abs. 2 lit. d VE-StGB würde also die Möglichkeit geschaffen, jemandem ausschliesslich gestützt auf die Legalprognose die Freiheit zu entziehen. Das kann nicht angehen.

Im ERLÄUTERNDEN BERICHT wird diese Problematik nur beinahe touchiert und offensichtlich nicht erkannt. So heisst es, das negative Rayonverbot weise eine gewisse Ähnlichkeit mit dem elektronisch überwachten Strafvollzug ausserhalb der Strafanstalt auf. Nur: Der elektronisch überwachte Strafvollzug ist eben eine *Vollzugs*form, und keine Strafart. Diese Täter wurden vom Gericht nicht zu elektronisch überwachtem Strafvollzug verurteilt, sondern zu *Freiheitsstrafen*.

---

[70] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 19.

[71] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 35.

3. Vollzug (Art. 67a Abs. 3 und 4 VE-StGB)

A. Technische Geräte (Art. 67a Abs. 3 VE-StGB)

Im ERLÄUTERNDEN BERICHT heisst es zur elektronischen Überwachung des mit dem Kontakt- oder Rayonverbot Belegten, dass es *„nicht unbedingt notwendig* [ist], *dass eine Überwachung in Echtzeit erfolgt und eine Einsatztruppe bereitsteht, die jederzeit fähig ist, die verurteilte Person von der Missachtung des Verbots abzuhalten."*[72]

Der Gesetzestext steht einer solchen Echtzeitüberwachung jedoch nicht entgegen. Es ist auf die besondere Eingriffsschwere dieser Überwachung hinzuweisen, die Verhältnismässigkeit ihrer Anordnung wäre mindestens sehr gut zu begründen.

B. Verlängerung des Verbots (Art. 67a Abs. 4 VE-StGB)

Dass das Verbot vom Gericht *jeweils* um fünf Jahre verlängert werden kann, bedeutet nichts anderes, als dass die Massnahme theoretisch unbeschränkt fortdauern kann. Immer nach fünf Jahren braucht es wieder einen Gerichtsentscheid, und weitere fünf Jahre sind möglich. Das würde theoretisch zulassen, dass jemand faktisch lebenslänglich unter einen mit Art. 67a Abs. 1 lit. d VE-StGB (negatives Rayonverbot) begründeten Hausarrest gestellt werden könnte. Das wäre etwa nicht nur bei Mord, qualifizierter Geiselnahme, Völkermord oder qualifizierten Verbrechen gegen die Menschlichkeit usw. möglich, sondern bei jedem Verbrechen oder Vergehen. Eine derart offene Ausgestaltung dieser Norm ist unter jedem Titel entschieden abzulehnen. Besonders heikel erscheint es, wenn man bedenkt, dass die mit einem Kontakt- oder Rayonverbot Belegten in der Vorstellung des ERLÄUTERNDEN BERICHTS ja bereits eine relativ günstige Prognose haben.[73]

VII. Gemeinsame Bestimmungen (Art. 67b f. VE-StGB)

1. Vollzug der Verbote

A. Inhaltliche oder zeitliche Einschränkung oder Aufhebung des Verbots nach Ablauf der Probezeit (Art. 67b Abs. 4 VE-StGB)

An dieser Bestimmung ist besonders stossend, dass gerade beim Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 3 VE-StGB – das völlig unbesehen von der Tatschwere immer zehn Jahre dauern soll – keine vorzeitige Überprüfung möglich sein soll. Gerade die starr formulierte Bestimmung von Art. 67 Abs. 3 VE-StGB wird – sollte sie tatsächlich so in Kraft gesetzt werden - zweifellos zu stossenden Ergebnissen führen, was mit einer flexibleren Handhabe des Vollzugs allenfalls etwas entschärft werden könnte. So aber sind absolut unbillige Einzelfallergebnisse absehbar, weshalb die Bestimmung abzulehnen ist.

B. Mindestdauer des Verbots (Art. 67b Abs. 5 VE-StGB)

Siehe dazu sogleich Bst. C sowie unten VI.2.A.

C. Aufhebung bei Dahinfallen der materiellen Voraussetzung und Wiedergutmachung (Art. 67b Abs. 6 VE-StGB)

Bereits unter geltendem Recht ist die zumutbare Schadenswiedergutmachung als Voraussetzung für die Aufhebung der Massnahme statuiert (Art. 67a Abs. 5 StGB). Dieses Kriterium soll laut dem Entwurf in Art. 67b Abs. 6 VE-StGB beibehalten werden, was u.E. nicht richtig ist. Die Wiedergutmachung als Kriterium zur Auf-

---

[72] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 35.

[73] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 19.

hebung der Massnahme ist völlig sachfremd, geht es doch schon bei der Anordnung der Massnahmen von Art. 67 und 67a VE-StGB einzig um die Legalprognose. Konsequenterweise muss eben dann, wenn keine Verbrechen oder Vergehen mehr befürchtet werden, die Massnahme aufgehoben werden. Richtigerweise ordnet im Bereich der therapeutischen Massnahmen und der Verwahrung Art. 56 Abs. 6 StGB genau das an, nämlich dass eine Massnahme, für welche die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, aufzuheben ist.

2. Nachträgliche Änderung oder Anordnung der Verbote (Art. 67c VE-StBG)

A. Voraussetzungen für Erweiterung oder zusätzliches Verbot (Art. 67c Abs. 1 VE-StBG)

Der ERLÄUTERNDE BERICHT ist insofern irreführend, als er auf Art. 62c Abs. 6 StGB verweist und suggeriert, die neue Bestimmung von Art. 67c Abs. 1 VE-StGB sei analog zu der Regelung der Änderung therapeutischer Massnahmen ausgestaltet.[74]

Bei der Änderung von therapeutischen Massnahmen geht es nicht darum, dem Täter noch eine schärfere Sanktion auferlegen zu können, sondern die für ihn am besten geeignete Massnahme zu vollziehen. So kann beispielsweise ein ursprünglich behandlungsunwilliger Täter neu eine Behandlungsbereitschaft zeigen, was eine Anpassung der Massnahme an die geänderten Verhältnisse erfordert.[75]

Bei der vorgeschlagenen Regelung zum Tätigkeits-, Rayon- und Kontaktverbot ist das jedoch entschieden anders: Es geht nur darum, die Massnahme verschärfen zu können, wobei in der Bestimmung nicht einmal konkrete Kriterien genannt werden. Insofern von „Änderung der Verbote" zu sprechen ist euphemistisch und verschleiert, dass es sich ausschliesslich um eine nachträgliche Ausweitung handelt (die rechtlich kaum von einer nachträglichen Anordnung zu unterscheiden ist. Siehe zur Kritik dazu sogleich Bst. B.).

Besonders stossend ist in diesem Zusammenhang, dass nach dem Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung eine Ausweitung der Verbote zum Nachteil des Betroffenen während des Vollzugs jederzeit möglich ist, zu seinen Gunsten jedoch nur nach Ablauf der Zeiträume von Art. 67b Abs. 5 VE-StGB. Das zeigt deutlich auf, dass es im Kern eigentlich nicht um eine Massnahme geht (eine solche ist immer sofort aufzuheben, wenn die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind), sondern man den Täter zusätzlich strafen will. Einziger Unterschied zur Strafe ist, dass das Schuldprinzip nicht gelten (Art. 19 Abs. 3 VE-StGB) und bei gewissen Deliktskategorien unbesehen der Tat eine fixe Tätigkeitsverbotsdauer von zehn Jahren zur Anwendung gelangen (Art. Abs. 3 VE-StGB) soll. Konsequenterweise wird diese faktische Strafe des Tätigkeits-, Kontakt- oder Rayonverbots nicht dem Verschulden entsprechend verhängt (vgl. Art. 47 StGB). Das ist in einem Rechtsstaat klar unzulässig und mit Nachdruck zurückzuweisen.

B. Nachträgliche Anordnung (Art. 67c Abs. 2 VE-StGB)

Vorab ist anzumerken, dass diese Bestimmung äusserst offen formuliert ist: Entsteht während des Strafvollzugs oder einer anderen freiheitsentziehenden Massnahme der Eindruck, die Voraussetzungen für ein Verbot nach Art. 67 oder 67a

---

[74] ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 36.

[75] Vgl. MARIANNE HEER, Art. 62c N 39, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB I, Art. 1-110 StGB/Jugendstrafgesetzbuch, 2. Aufl. Basel 2007.

VE-StGB seien gegeben, soll dies angeordnet werden können. Dies ist in vielerlei Hinsicht höchst problematisch.

Dort, wo es um ein negatives Rayonverbot (Art. 67a Abs. 1 lit. d VE-StGB) geht, gerät eine nachträgliche Anordnung in Konflikt mit Art. 5 EMRK[76]. Denn bei dem negativen Rayonverbot kann es sich faktisch um einen Freiheitsentzug handeln. Artikel 5 Abs. 1 lit. a EMRK fordert, dass eine Freiheitsentziehung kausal bzw. final von einer strafrechtlichen Verurteilung abhängt. Eine rein präventive Freiheitsentziehung ist nicht zulässig (Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK). Damit ist ein nachträgliches Verfahren nicht geeignet, die geforderte konkrete Anbindung des Freiheitsentzugs an die ursprüngliche richterliche Beurteilung herzustellen. Die Bestimmung dürfte also mit der EMRK nicht vereinbar sein, was in analogen Fällen insbesondere auch im deutschen Schrifttum so gesehen wird.[77]

Eine nachträgliche Anordnung verstösst ebenfalls gegen den Grundsatz von ne bis in idem. Dieser im schweizerischen Straf- und Strafprozessrecht zentrale Grundsatz, der auch von der EMRK garantiert wird, soll die Unantastbarkeit der Rechtskraft garantieren. Nachträgliche Änderungen eines Sachurteils sollten höchstens zu Gunsten des Betroffenen möglich sein.[78] Eine nachträgliche Anordnung einer Massnahme ist aber zweifellos immer noch mit der Anlasstat verknüpft, ansonsten könnte sie ja auch ohne eine Straftat verhängt werden. Damit wird der Betroffene im Ergebnis ein zweites Mal für die Tat sanktioniert.[79]

Die vorgesehene nachträgliche Anordnung i.S.v. Art. 67c Abs. 2 VE-StGB ist damit klar abzulehnen.

VIII. Sonstiges

1. Missachtung eines Tätigkeitsverbots oder Kontakt- oder Rayonverbots (Art. 294 VE-StGB)

Entgegen der umständlichen Formulierung im VE wird nachfolgende Fassung vorgeschlagen:

Vorschlag: Art. 294 VE-StGB

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird bestraft,

a. wer einem Tätigkeitsverbot nach Art. 67, nach Art. 50 des Militärstrafgesetzes oder nach Art. 16a JStG zuwiderhandelt;

b. wer einem Kontakt- oder Rayonverbot nach Art. 67a, nach Art. 50a des Militärstrafgesetzes oder nach Art. 16a JStG zuwiderhandelt.

2. Tätigkeitsverbot, Kontakt- und Rayonverbot im JStG (Art. 16a VE-JStG)

Entgegen der aktuellen Fassung (Art. 1 Abs. 2 JStG[80]) soll de lege ferenda das Tätigkeits-, Kontakt- und Rayonverbot auch im Jugendstrafrecht eingesetzt werden können. Ob das mit den Vorgaben nach Art. 2 JStG vereinbar ist, wonach für die Anwendung des Gesetzes der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen wegleitend sein sollen, muss stark bezweifelt werden. Fraglich ist aber auch, ob in der

---

[76] Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK).

[77] BSK StGB^2-HEER, Art. 65 N 15 m.w.H.

[78] BSK StGB^2-HEER, Art. 65 N 17 m.w.H.

[79] BSK StGB^2-HEER, Art. 65 N 31 m.w.H.

[80] Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über das Jugendstrafrecht (SR 311.1; Jugendstrafgesetz, JStG).

vorgesehenen Formulierung des Art. 16a VE-JStG dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprochen wird.

Sicherlich kann man sich vielerlei Situationen vorstellen, in denen ein Kontakt- oder Rayonverbot hilfreich erscheint, wenn ein Jugendlicher „Umgang mit den falschen Personen" pflegt, die ihn möglicherweise zu weiteren Straftaten anstiften oder er an den „falschen Orten herumhängt". Das entsprechende Verbot dürfte vom Jugendlichen in dem Sinn als Strafe empfunden werden, als er eine Art „sozialer Deprivation" erlebt. Er kann darauf in verschiedener Art und Weise reagieren; aber es besteht durchaus die Möglichkeit, dass er neue Freunde findet und entsprechend ein anderes soziales Netzwerk aufbauen kann. Analog hierzu ist wohl auch die Situation bei einem Verbot von ausserberuflichen Tätigkeiten zu beurteilen.

Anders sieht die Situation aber bei einem Tätigkeitsverbot aus, das im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit steht. Entscheidet sich ein Jugendlicher für einen Beruf, dem eine Lehre vorausgeht, wird er regelmässig nach der Volksschule eine Lehrstelle suchen und so seine Berufstätigkeit aufnehmen. Wird dieser Jugendliche verurteilt und ihm ein Tätigkeitsverbot auferlegt, so wird er in den meisten Fällen seine Lehrstelle verlieren. Ob dies dem Schutz und der Erziehung zuträglich ist, ist durchaus zweifelhaft.

Ferner ist eine völlig andere Situation zu berücksichtigten: Wie wird das Tätigkeitsverbot bei einem Mittelschüler durchgesetzt? Wird ihm das Verbot auferlegt, seine Weiterbildung zu unterbrechen für die Dauer des Tätigkeitsverbotes? Das wäre wohl kaum mit der Förderung der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 2 BV) zu vereinen. Kann das Tätigkeitsverbot aber nur Jugendliche mit einer Arbeits- oder Lehrstelle treffen, führte dies zu einer völlig haltlosen Ungleichbehandlung. Das Tätigkeitsverbot für Jugendliche ist daher abzulehnen.

Kritik muss auch an der Formulierung des Art. 16a VE-StGB geübt werden. Weder geht aus der Bestimmung hervor, für welche Dauer ein Verbot ausgesprochen werden kann, noch in welchem Zusammenhang sie mit der begangenen Tat stehen muss, und schliesslich auch nicht, ob es sich um ein „einfaches" oder qualifiziertes Tätigkeitsverbot handelt[81].

Hinsichtlich der Dauer kann Art. 19 Abs. 2 JStG beigezogen werden, wonach alle Massnahmen mit Vollendung des 22. Altersjahres enden[82]. Dies wirft aber die Frage auf, ob – mangels Hinweis im Gesetzestext – einem jüngeren Täter lediglich deshalb ein längeres Tätigkeitsverbot auferlegt werden kann, weil er noch weiter von diesem Zeitpunkt (Art. 19 Abs. 2 JStG) entfernt ist. Die Lage verschärft sich weiter, wenn man hierzu im ERLÄUTERNDEN BERICHT liest:

Wenn darauf abgestellt wird, dass auch einschneidende Massnahmen wie die geschlossene Unterbringung nach Art. 15 Abs. 2 JStG mit Vollendung des 25. Altersjahres des Betroffenen enden sollen, müsste dies auch für die Verbote nach Art. 16a VE-JStG der Fall sein.

Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass sich bestimmte Situationen und Defizite nicht mit dem Erreichen eines bestimmten Alters abrupt ändern. Deshalb wird in einem neuen Art. 19 Abs. 4 VE-StGB vorgeschlagen, ***dass die Massnahme des Jugendstrafrechts****,*

---

[81] Dies ist lediglich dem ERLÄUTERNDEN BERICHT (S. 38 f.) zu entnehmen.

[82] Vgl. aber die geplante Änderung des Sanktionenrechts, wonach das Alter für die Beendigung einer Massnahem auf 25 Jahre hinaufgesetzt werden soll (ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 39).

sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen, ***nach Erwachsenenstrafrecht weitergeführt werden*** *kann.*[83]

Eine solche Perpetuierung einer Massnahme – gerade im Jugendstrafrecht – führt dazu, dass eine Resozialisierung stark erschwert wird, insbesondere auch im Zusammenhang mit dem erweiterten Strafregisterauszug (Art. 371a VE-StGB). Zudem wird auch hier wieder die Hauptproblematik darin liegen, angesichts des Verhältnismässigkeitsprinzips eine solch einschneidende Massnahme als legitimen Grundsrechtseingriff zu rechtfertigen. Artikel 19 Abs. 4 VE-JStG ist daher abzulehnen.

Gänzlich unerläutert bleibt denn auch, ob ein Tätigkeitsverbot für Jugendliche in einem Zusammenhang zur begangenen Strafe stehen muss. Geht man mit dem Bericht davon aus, dass es sich um ein qualifiziertes Tätigkeitsverbot handelt, müsste doch wie in Art. 67 Abs. 2 und 3 VE-StGB ein Konnex zur Tat bestehen, für die der Jugendliche verurteilt wird. Weder in Art. 16a Abs. 1 noch Abs. 2 VE-JStG findet sich aber ein solcher Hinweis. Bedeutet dies, dass ein Tätigkeitsverbot bei Jugendlichen völlig unabhängig von der Art der begangenen Straftat, bspw. aufgrund eines Diebstahls (Art. 139 StGB) oder einer Tätlichkeit (Art. 126 StGB) verhängt werden kann? Das kann wohl kaum die Meinung sein und wäre weder mit der Zielsetzung des JStG (Art. 2) noch mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu vereinbaren. Das immerhin ergibt sich auch aus dem ERLÄUTERNDEN BERICHT:

Ein Tätigkeitsverbot, das in keinem Zusammenhang zur begangenen Straftat steht, würde eine unverhältnismässige Einschränkung der beruflichen Tätigkeit bedeuten.[84]

Weshalb denn auch nicht auf den Wortlaut von Art. 67 Abs. 2 und 3 VE-StGB abgestellt wird, ist unklar. Vielmehr wird inkonsequenterweise in Art. 16a Abs. 1 VE-JStG bei den ausserberuflichen Tätigkeiten der Zusatz „*im Rahmen eines Vereins oder einer anderen Organisation*" beigefügt, obschon in Art. 67 Abs. 4 VE-StGB einerseits von der „*organisierten ausserberuflichen Tätigkeit*" die Rede ist und andererseits genannter Zusatz Bestandteil der Definition dieser „*organisierten ausserberuflichen Tätigkeit*" ist. Wenigstens eine einheitliche Verwendung der Begriffe wäre wünschenswert!

Fraglich ist denn auch die Zielsetzung: Die Gefahr, dass ein Jugendlicher eine Tätigkeit zur Begehung von Sexualstraftaten an unmündigen oder anderen besonders schutzbedürftigen Personen missbraucht, kann bei keinem Täter völlig ausgeschlossen werden, auch nicht bei jenen, die gerade *nicht* aufgrund einer Sexualstraftat verurteilt wurden. Es zeigt sich auch darin die Konturlosigkeit der Bestimmung.

Betreffend die Vollzugsbestimmungen (Art. 16a Abs. 3 und 4 VE-JStG) kann auf die entsprechenden Ausführungen zum Erwachsenenstrafrecht verwiesen werden.[85]

3. Änderungen des Strafregisterrechts

Da die Pflicht zur Einholung eines Strafregisterauszugs zu einem späteren Zeitpunkt im Zusammenhang mit einem Vorentwurf zum neuen Strafregistergesetz

---

83 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 39.

84 S. 47.

85 Vgl. S. 22 f.

aufgenommen werden soll, wird auf die diesbezüglichen Ausführungen im ERLÄUTERNDEN BERICHT[86] nicht eingegangen.

A. Art. 366 Abs. 3 VE-StGB

Die Ergänzung in Art. 366 Abs. 3 lit. c VE-StGB stellt Kongruenz her zwischen dem Strafregistereintrag des Berufsverbotes im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht. Im Erwachsenenstrafrecht gilt Art. 4 Abs. 1 lit. f VOSTRA-VO, wonach das Berufsverbot als Sanktion bei den Urteilen nach Art. 3 VOSTRA-VO eingetragen wird. Nach geltendem Recht richtet sich die Eintragung von Sanktionen und Urteilen im Jugendstrafrecht nach Art. 366 Abs. 3 StGB, wonach derzeit lediglich Verurteilungen zu einem Freiheitsentzug (Art. 25 JStG) oder einer Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung (Art. 15 Abs. 2 JStG) im Strafregister aufzunehmen sind. Bei der Aufzählung in Art. 1 Abs. 2 JStG (Verhältnis zum Strafgesetzbuch) ist das Berufsverbot nicht erwähnt.

Nimmt man das Tätigkeits-, Kontakt- und Rayonverbot in das JStG auf, so ist die Angleichung von Art. 366 Abs. 3 VE-StGB zwar in Übereinstimmung mit dem Erwachsenenstrafrecht, es stellt sich aber doch die Frage, ob dieser Strafregistereintrag mit all seinen Konsequenzen dem Grundsatz in Art. 2 JStG entspricht, wonach der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen wegleitend sein sollen und der Entwicklung seiner Persönlichkeit besondere Beachtung zu schenken ist. Das erscheint uns deutlich nicht der Fall zu sein.

B. Art. 369 Abs. 4ter VE-StGB

Der vorgeschlagene Art. 369 Abs. 4ter VE-StGB enthält Präzisierungen (Art. 66 Abs. 1 StGB), inhaltlich ergeben sich aber – abgesehen von den Art. 67 Abs. 1 VE-StGB inhärenten Erweiterungen – keine Änderungen.

C. Art. 369a (neu) VE-StGB

Der neue Art. 369a VE-StGB sieht vor, dass Urteile, die eine Massnahme nach Art. 67 Abs. 2 oder 3 oder nach Art. 67a StGB, nach Art. 50 Abs. 2 oder 3 oder nach Art. 50 des Militärstrafgesetzes oder nach Art. 16a JStG enthalten, frühestens entfernt werden, wenn über das Ende des Verbots hinaus zehn Jahre verstrichen sind.

Angesichts der materiellen Voraussetzungen zur Verhängung eines Berufsverbotes (Verbrechen oder Vergehen und Verurteilung zu Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen) ist allgemein zu bemerken, dass sich aufgrund von Art. 67 b VE-StGB die Frist, in der ein Strafregistereintrag bestehen bleibt, jeweils um die Dauer des ausgesprochenen Berufsverbotes plus zehn Jahre verlängert. Grundsätzlich ist die Anpassung zwar konsistent, wenn sie den Strafregistereintrag einen bestimmten Zeitraum über die Dauer des Berufsverbotes hinaus festlegen will. Doch stellt sich bei einem Zeitraum von zehn Jahren durchaus die Frage nach der Verhältnismässigkeit. Das Berufsverbot wird damit ja faktisch einer Freiheitsstrafe gleichgestellt (Art. 369 Abs. 1 lit. c StGB), obschon es ja gerade Massnahme und nicht Strafe sein soll.

Ein Beispiel mag dies unterstreichen: Wird ein Täter zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten unbedingt und einem Berufsverbot nach Art. 67 Abs. 3 VE-StGB (obligatorisch!) über zehn Jahre verurteilt, würde sein Registerauszug frühestens 10 Jahre nach Ende des Verbots entfernt, d.h. vorliegend nach sechs Monaten Freiheitsstrafe plus zehn Jahre Berufsverbot plus zehn Jahre Frist gemäss Art. 369a VE-StGB, d.h. insgesamt 20,5 Jahre nach Rechtskraft des Urteils.

---

[86] S. 22 und 39 ff.

Nach geltendem Recht hingegen wäre bei einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten unbedingt und einem Berufsverbot die Frist gemäss Art. 369 Abs. 1 lit. c StGB anwendbar, der Eintrag mithin nach 10,5 Jahren zu löschen.

In dieser Form ist der neue Art. 369a VE-StGB deshalb deutlich abzulehnen.

4. Erweiterter Strafregisterauszug für Privatpersonen (Art. 371a VE-StGB)

Gemäss dem ERLÄUTERNDEN BERICHT wird die Erweiterung folgendermassen definiert: *„Über die Fristen des normalen Strafregisterauszugs hinaus enthält er alle Urteile, in denen ein qualifiziertes Tätigkeitsverbot nach Artikel 67 Absätze 2 und 3 VE-StGB oder ein Kontakt- und Rayonverbot nach Artikel 67a VE-StGB verhängt worden ist, während der gesamten Dauer dieser Verbote.“*[87] Die Trennung zwischen „normalem“ und erweitertem Strafregisterauszug soll sich zugunsten der Wiedereingliederung des Täters auswirken, indem im „normalen“ Auszug die qualifizierten Verbote nach Art. 67 Abs. 2 und 3 VE-StGB und die verlängerten Kontakt- und Rayonverbote nach Art. 67a VE-StGB nach einer bestimmten Zeit nicht mehr erscheinen.[88]

Welche Daten in das Strafregister aufzunehmen sind, ergibt sich aus Art. 366 Abs. 2 StGB, wonach u.a. die Urteile wegen Verbrechen und Vergehen erwähnt sind, sofern eine Strafe oder Massnahme ausgesprochen worden ist (lit. a). Da für die Verhängung eines Berufsverbotes regelmässig eine Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens vorausgesetzt wird, sind Berufsverbote eintragungspflichtig. Die Löschung eines solchen Eintrages erfolgt nach Massgabe von Art. 369 Abs. 1-3 i.V.m. Art. 369 Abs. 6 lit. a StGB zehn Jahre nach dem Tag, an dem das Urteil rechtskräftig geworden ist.[89] In der geplanten Fassung des Art. 369a VE-StGB erfolgt die Entfernung der eingetragenen Massnahme (Art. 67 Abs. 2 oder 3 oder Art. 67a VE-StGB; Art. 50 Abs. 2 oder 3 oder Art. 50a MStG oder Art. 16a JStG) frühestens, wenn über das Ende des Verbotes hinaus zehn Jahre verstrichen sind.[90] Für die nicht-qualifizierten Fälle eines Tätigkeits-, Kontakt- oder Rayonverbots sieht Art. 369 Abs. 4ter VE-StGB die Entfernung zehn Jahre nach Rechtskraft des Urteils vor. Die Unterscheidung zwischen „normalem“ und erweitertem Strafregisterauszug scheint unter diesem Aspekt sinnvoll, auch wenn hier die an Art. 369a VE-StGB geübte Kritik zu berücksichtigen ist.

Die umständliche Formulierung des Art. 371a VE-StGB kann u.E. vereinfacht und in Anlehnung an bestehenden Art. 371 StGB formuliert werden (vgl. Vorschlag), womit Abs. 2 und 4 hinfällig würden.

Dass jede Person über sich selbst einen einfachen oder erweiterten Strafregisterauszug beziehen kann, ist keine Besonderheit. Dadurch, dass die Anforderung an die Voraussetzung geknüpft wird, dass eine Bestätigung für die Bewerbung vorliegt, kann besser geprüft werden, wo bzw. als was sich Personen bewerben. Mag dies auch bei einschlägig vorbestraften und mit einem Berufsverbot belegten Tätern hilfreich sein, so stellt sich doch die Frage, ob es nicht ein empfindlicher Eingriff sowohl in die Wirtschaftsfreiheit als auch in den Schutz der Privatsphäre darstellt, zumal ein unbescholtener Bürger wohl nicht ein Interesse daran hat, dass die Strafregisterbehörden über sein Bewerbungsverhalten informiert sind. Ob bei einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse Einzelner und dem öffentlichen Interesse letzteres überwiegen würde, ist durchaus fraglich.

---

87 S. 21.

88 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 21.

89 PATRICK GRUBER, Art. 369 N 48, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Aufl. Basel 2007.

90 ERLÄUTERNDER BERICHT, S. 37 f.

Vorschlag: Art. 371a VE-StGB

[1] Jede Person kann beim schweizerischen Zentralstrafregister einen sie betreffenden erweiterten schriftlichen Auszug aus dem Strafregister anfordern unter der Voraussetzung, dass sie eine schriftliche Aufforderung vorlegt, worin bestätigt wird, dass sich der Antragsteller für eine berufliche oder organisierte ausserberufliche Tätigkeit bewirbt, die einen regelmässigen Kontakt mit unmündigen oder mit anderen besonders schutzbedürftigen Personen umfasst.

[2] Im erweiterten Auszug erscheinen:

a. Urteile nach Artikel 371 Abs. 1 oder 2;

b. Urteile gegen Jugendliche, die ein Tätigkeitsverbot oder ein Kontakt- und Rayonverbot (Art. 16a JStG) enthalten;

c. Urteile, die ein Tätigkeits- oder ein Kontakt- und Rayonverbot nach Artikel 67 Absatz 2 oder 2 oder nach Artikel 67a dieses Gesetzes, nach Artikel 50 Abs. 2 oder 3 oder nach Artikel 50a Abs. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juli 1927 oder nach Artikel 16a Abs. 1 oder 2 JStG enthalten, so lange als ein Verbot besteht.

5. Änderung des DNA-Profil-Gesetzes

Das DNA-Profil-Gesetz soll um lit. l in Art. 16 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz ergänzt werden, wonach das Bundesamt die DNA-Profile, die nach den Art. 3 und 5 von Personen erstellt worden sind, zehn Jahre nach dem Ende eines Tätigkeitsverbots oder Kontakt- und Rayonverbots löscht.[91]

Diese Ergänzung des DNA-Profil-Gesetzes ist abzulehnen, da verurteilte Täter unverhältnismässig lange durch einen solchen Eintrag stigmatisiert werden. Dies insbesondere im Hinblick auf Art. 16 Abs. 1 lit. f und Art. 16 Abs. 4 DNA-Profil-Gesetz, wonach die DNA-Profile fünf Jahre nach Zahlung einer Geldstrafe, nach Beendigung einer gemeinnützigen Arbeit oder nach dem Vollzug einer entsprechenden Umwandlungsstrafe bzw. 20 Jahre nach der Entlassung aus der Freiheitsstrafe oder der Verwahrung bzw. nach dem Vollzug der therapeutischen Massnahme gelöscht werden. Da die Dauer der Frist, in dem das Berufsverbot gilt, erst mit Ablauf des Vollzugs einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Massnahme zu laufen beginnt (Art. 67a StGB), führt dies de facto dazu, dass DNA-Profile von Verurteilten, denen bspw. zusätzlich zu einer Geldstrafe ein Berufsverbot auferlegt wird, sehr viel länger registriert blieben, als diejenigen Täter, bei denen kein Berufsverbot zur Anwendung gelangt.

Bsp.: Verurteilung zu einer unbedingten Geldstrafe von 200 Tagessätzen à 100.-, wegen sexuellen Handlungen mit Kindern und Berufsverbot von 5 Jahren.

Das DNA-Profil wird gemäss aktueller Fassung nach Art. 16 Abs. 1 lit. f DNA-Profil-Gesetz 5 Jahre nach Zahlung einer Geldstrafe gelöscht (Variante mit und ohne Berufsverbot). Gemäss VE TÄTIGKEITSVERBOT wäre dies beim Vorliegen eines Berufsverbotes 15 Jahre nach der Zahlung der Fall (Art. 16 Abs. 1 lit. l VE-DNA-Profil-Gesetz).

Eine solch ausufernde Erweiterung ist abzulehnen. Zweckmässig könnte allenfalls eine Löschung des DNA-Profils mit Ablauf des Berufsverbotes, maximal aber ein Jahr danach sein. Damit würde einerseits dem „Sicherheitsgedanken" Rechnung getragen, andererseits würde der Verurteilte nicht unverhältnismässig lange im DNA-Informationssystem gespeichert bleiben.

[91] VE Tätigkeitsverbot, S. 12.

IX. Schlussfolgerungen

Nimmt man das Vorstehende zusammen so ergibt sich:

Die Vorlage erscheint nicht wirklich ausgegoren. Nicht genügend reflektiert wurde zum einen, dass es sich vorliegend offensichtlich um Polizei- und nicht um Strafrecht handelt. Der Vorschlag gibt dem Bund Kompetenzen im Bereich der Polizei, ohne dass dies angemessen thematisiert oder diskutiert würde.

Nicht genügend reflektiert wurde auch die Frage, ob es sich beim Berufsverbot um eine Strafe oder eine Massnahme handelt (ganz abgesehen von seiner präventiven Wirkung, die offen bleiben muss). Das Absehen von Schuld rechtfertigt sich bei Massnahmen, weil damit nicht auf ein begangenes Unrecht reagiert, sondern zum zukünftigen Wohl des Täters oder der Gemeinschaft Prävention betrieben wird. Insofern aber, als – wie vorliegend vorgeschlagen – prospektiv-präventiv argumentiert wird, die „Massnahme" aber weder auf Präventionsbedürfnisse noch den konkreten Fall hin angepasst werden können, sondern essentiell auf die Deliktsbegehung abgestellt wird, handelt es sich eben nicht mehr um eine Massnahme, sondern um eine Strafe. Entsprechend wäre das Schuldprinzip zu respektieren. Gerade im Hinblick auf die Rayonverbote wird deutlich, dass der Vorschlag sich offensichtlich überhaupt keine Rechenschaft ablegt hinsichtlich der Konsequenzen dessen, was vorgeschlagen wird, ermöglicht der Vorschlag doch die Einführung einer neuen Strafart (allerdings ohne Rücksicht auf das Schuldprinzip!).

Auch die Detailregelungen schliesslich erscheinen wenig gelungen und komplizierter als nötig.

Freiburg/Murten
31. V. 2011

Marcel Alexander Niggli
Nadine Hagenstein
Stefan Maeder