



STRAFRECHT

ALLGEMEINER TEIL II

Sanktionensystem

2000/2001

Stand: Montag, 14. Mai 2001

Internet: <http://www.unifr.ch/lman>

Mail: lehrstuhl-riklin@unifr.ch

lehrstuhl-niggli@unifr.ch

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1	DAS SYSTEM VON STRAFEN UND MASSNAHMEN IM GELTENDEN STGB UND IN SEINEN VORENTWÜRFEN (EINFÜHRUNG, ÜBERBLICK, HISTORISCHE ENTWICKLUNG, THEORETISCHE GRUNDLAGEN)	5
I.	Begriffe und allgemeine Bemerkungen (vgl. Einführungsskript, IV)	5
II.	Einzelheiten zum Strafsystem (vgl. Einführungsskript, IV Ziff. 3 und VI).....	6
III.	Einzelheiten zum Massnahmensystem (vgl. Einführungsskript, IV Ziff. 5/6).....	7
IV.	Verhältnis von Strafen und Massnahmen (vgl. Einführungsskript, IV Ziff. 6)	7
A.	Der Gedanke der Zweispurigkeit.....	7
B.	Gesichtspunkt der Voraussetzungen.....	8
C.	Gesichtspunkt der Zumessung, der Dauer und der Beendigung.....	8
D.	Gesichtspunkt des Vollzugs.....	8
E.	Monismus/Dualismus/vikariierendes System.....	9
F.	Statistik (siehe Lehrbuch § 6)	9
V.	Historische Entwicklung und theoretische Grundlagen	9
A.	Zur Historie (vgl. auch Lehrbuch, § 7)	9
B.	Zu den theoretischen Grundlagen (vgl. auch Lehrbuch, § 5 und § 7 III).....	10
VI.	Rechtsquellen.....	11
VII.	Das zukünftige Sanktionensystem (Überblick über das Konzept gemäss Botschaft 1998) (zum VE 1993 vgl. Lehrbuch § 7 N 31 und Anhang II)	11
§ 2	ZUR TODESSTRAFE.....	14
§ 3	ZUR KÖRPERSTRAFE.....	16
§ 4	DIE FREIHEITSSTRAFEN	17
I.	Die Arten der Freiheitsstrafen.....	17
A.	Überblick.....	17
B.	Zuchthaus, Gefängnis und Haft.....	17
II.	Zum Vollzug der Freiheitsstrafen	17
A.	Im allgemeinen	17
B.	Vollzug der Zuchthaus- und Gefängnisstrafen (ab drei Monaten)	18
C.	Vollzug der Haft und der Gefängnisstrafen bis zu drei Monaten	19
D.	Alternative Vollzugsformen kürzerer Freiheitsstrafen	20
1.	Halbgefangenschaft, tageweiser Vollzug und gemeinnützige Arbeit	20
2.	Electronic Monitoring.....	21
E.	Vollzugsvorschriften der Botschaft 1998	21
III.	Die bedingte Entlassung (Art. 38 StGB)	21
A.	Allgemeines.....	21
B.	Voraussetzungen.....	22
C.	Verfahren	22
D.	Besondere Anordnungen.....	22
E.	Nichtbewährung / Bewährung und ihre Folgen	23
IV.	Zur Problematik lebenslanger Freiheitsstrafen	23
V.	Zur Problematik kurzfristiger Freiheitsstrafen.....	24
A.	Allgemeines.....	24
B.	Nachteile der kurzen Freiheitsstrafen	24

C.	Alternativen für kurze Freiheitsstrafen.....	24
§ 5	DER BEDINGTE VOLLZUG VON FREIHEITSSTRAFEN (ART. 41 STGB)	26
I.	Wesen und Bedeutung des bedingten Strafvollzugs.....	26
II.	Voraussetzungen	27
A.	Die formellen Voraussetzungen	27
1.	Die Art und Dauer der neuen Strafe.....	27
2.	Das Fehlen von Vorstrafen	27
B.	Die materiellen Voraussetzungen	27
1.	Günstige Prognose	27
2.	Ersatz des Schadens	28
C.	Der Ermessensspielraum des Richters	28
III.	Besondere Anordnungen.....	28
A.	Probezeit.....	28
B.	Schutzaufsicht.....	28
C.	Weisungen	28
IV.	Die Nichtbewährung und ihre Folgen	29
A.	Widerruf des bedingten Strafvollzugs	29
1.	Widerrufsgründe	29
2.	Zuständigkeit.....	29
3.	Befristung	29
B.	Ausschluss des Widerrufs	29
C.	Auswirkungen der Rückfallstrafe.....	30
V.	Die Bewährung und ihre Folgen	30
§ 6	DIE BUSSE (ART. 48-50 STGB).....	31
I.	Begriff	31
A.	Begriff	31
B.	Wesen	31
C.	Bedeutung.....	31
II.	Verhängungspraxis und Strafrahmen	32
A.	Allgemeines.....	32
B.	Zur Bemessung	32
III.	Vollstreckung des Bussenurteils	33
IV.	Ersatzfreiheitsstrafe	34
V.	Verbindung von Freiheitsstrafe und Busse	34
VI.	Die verschiedenen Bussensysteme	34
§ 7	DAS STRAFENSYSTEM GEMÄSS BOTSCHAFT 1998	35
§ 8	DIE NEBENSTRAFEN.....	36
I.	Allgemeines	36
II.	Amtsunfähigkeit (Art. 51 StGB)	36
III.	Entziehung der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft (Art. 53 StGB)	37
IV.	Berufs- und Gewerbeverbot (Art. 54 StGB)	37
V.	Landesverweisung (Art. 55 StGB)	38
VI.	Wirtshausverbot (Art. 56 StGB)	38
§ 9	DIE STRAFZUMESSUNG.....	40
I.	Strafzumessung bei Freiheitsstrafen	40
A.	Die allgemeine Regel des Art. 63 StGB.....	40

B.	Strafschärfung (Art. 67 und 68 StGB)	42
1.	<i>Bildung und Bemessung von Strafen bei konkurrierenden strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen (Art. 68 StGB)</i>	42
2.	<i>Rückfall (Art. 67 StGB)</i>	43
C.	Strafmilderung (Art. 64-66, 107 StGB)	43
1.	<i>Einfache Strafmilderung</i>	43
2.	<i>Strafmilderung nach freiem Ermessen</i>	44
3.	<i>Absehen von Strafe</i>	44
D.	Anrechnung der Untersuchungshaft (Art. 69 und Art. 110 Ziff. 2 StGB)	44
E.	Zur Regelung der Botschaft 1998 (vgl. Art. 47-55 Botschaft und Lehrbuch § 7 N 36)	45
II.	Strafzumessung und Gewährung des bedingten Strafvollzuges	45
§ 10	ZUR BEHANDLUNG DER LEICHTEN KRIMINALITÄT	46
I.	Allgemeines	46
II.	Bekämpfung der Bagatellkriminalität mit Mitteln des Sanktionenrechts	46
III.	Andere Lösungsmöglichkeiten (Entkriminalisierung, prozessuale Lösungen)	47
IV.	Neuerungen gemäss Botschaft 1998	47
§ 11	DIE SICHERNDEN MASSNAHMEN	48
I.	Die beiden Hauptarten sichernder Massnahmen (bessernde und isolierende Massnahmen) (Vgl. Einführungsskript, IV)	48
II.	Die Voraussetzungen für die Verhängung kriminalrechtlicher Massnahmen	49
III.	Massnahmen an geistig Abnormen (Art. 43 StGB)	50
A.	Versorgung geistig Abnormer (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB)	50
1.	<i>Voraussetzungen</i>	50
2.	<i>Zuständigkeit zur Anordnung der Massnahme</i>	51
3.	<i>Vollzug der Massnahme</i>	51
4.	<i>Ambulante Behandlung</i>	51
B.	Verwahrung geistig Abnormer (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)	53
1.	<i>Voraussetzungen</i>	53
2.	<i>Vollzug der Verwahrung</i>	53
IV.	Die Behandlung Trunk- und Rauschgiftsüchtiger (Art. 44 StGB)	53
A.	Allgemeines	53
B.	Voraussetzungen	53
C.	Vollzug der Massnahme	54
V.	Die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern (Art. 42 StGB)	55
A.	Allgemeines	55
B.	Voraussetzungen	55
C.	Vollzug der Massnahme	56
VI.	Die Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt (Art. 100 bis/ter StGB)	56
A.	Allgemeines	56
B.	Voraussetzungen der Massnahme	57
C.	Vollzug der Massnahme	57
VII.	Die freiheitsentziehenden Massnahmen gemäss Botschaft 1998	58
§ 12	DIE ANDEREN MASSNAHMEN	59
I.	Die persönlichen Massnahmen	59
A.	Die Friedensbürgschaft (Art. 57 StGB)	59
B.	Die Veröffentlichung des Urteils (Art. 61 StGB)	59

C.	Der Eintrag im Strafregister (und Strafregisterrecht im allgemeinen) (vgl. § 13 V)	60
II.	Die sachlichen Massnahmen	60
A.	Die Einziehung (Art. 58 f. StGB).....	60
1.	<i>Allgemeines</i>	60
2.	<i>Verhältnis von Art. 58 f. StGB zu anderen Einziehungsnormen</i>	60
3.	<i>Prozessrechtliches</i>	61
B.	Die Einziehungsarten im einzelnen	61
1.	<i>Die Sicherungseinziehung (Art. 58 StGB)</i>	61
2.	<i>Die Vermögenseinziehung (Art. 59 StGB)</i>	62
a.	(Direkte) Vermögenseinziehung (Art. 59 Ziff. 1 StGB).....	62
b.	Ersatzforderung (Art. 59 Ziff. 2 StGB).....	62
c.	Die Festsetzung der Höhe der Einziehungsbetrages, resp. der Ersatzforderung	62
d.	Rechte Dritter	63
3.	<i>Sonderfall: Einziehung von Vermögenswerten in der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (Art. 59 Ziff. 3 StGB)</i>	63
C.	Verwendung zugunsten des Geschädigten (Art. 60 StGB)	63
§ 13	DIE REHABILITATION	65
I.	Wesen, Bedeutung und Überblick	65
II.	Wiedereinsetzung in die Amtsfähigkeit (Art. 77 StGB).....	65
III.	Wiedereinsetzung in die elterliche Gewalt und die Fähigkeit, Vormund zu sein (Art. 78 StGB).....	65
IV.	Die Aufhebung des Berufs- und Gewerbeverbots (Art. 79 StGB).....	65
V.	Die Löschung im Strafregister (Art. 80 StGB)	66
A.	Das Strafregisterrecht im allgemeinen	66
1.	<i>Allgemeines</i>	66
2.	<i>Arten der Register, Registerbehörden, Registerfälle</i>	66
3.	<i>Mitteilungen aus dem Strafregister, Abgabe von Strafregisterauszügen (Art. 363 Abs. 1 und 3 StGB, Strafregisterverordnung Art. 15-18)</i>	67
4.	<i>Löschung des Eintrags (Art. 80 StGB)</i>	67
a.	Zeitpunkt der Löschung.....	67
b.	Wirkung der Löschung (Art. 363 Abs. 4 StGB).....	67
c.	Gänzliche Entfernung (Art. 397bis Abs. 1 lit. h StGB und Verordnung über das Strafregister Art. 13)	67
d.	Jugendstrafrecht.....	68
5.	<i>Regelung in der Botschaft 1998</i>	68
§ 14	DAS SYSTEM DER SANKTIONEN DES JUGENDSTRAFRECHTS	69

Empfohlene Literatur:

- J. REHBERG, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen / Jugendstrafrecht, 6. Aufl., Zürich 1994.
- H. SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Zweiter Band, Die kriminalrechtlichen Sanktionen / Das Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Bern 1982.
- G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Bern 1989.

§ 1 DAS SYSTEM VON STRAFEN UND MASSNAHMEN IM GELTENDEN STGB UND IN SEINEN VORENTWÜRFEN (EINFÜHRUNG, ÜBERBLICK, HISTORISCHE ENTWICKLUNG, THEORETISCHE GRUNDLAGEN)¹

I. BEGRIFFE UND ALLGEMEINE BEMERKUNGEN (VGL. EINFÜHRUNGSSKRIPT, IV)

Sanktionen sind Rechtsfolgen strafbarer Handlungen. Das StGB kennt diesbezüglich Strafen und Massnahmen.

Bei den *Strafen* stehen im geltenden Recht die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe im Vordergrund. Die Strafe ist ein ausgleichender Eingriff in die Rechtsgüter einer Person (persönliche Freiheit, Vermögen), die schuldhaft eine Straftat verübt hat (Rehberg).

In dieser Definition spielt der Schuldausgleich als Massprinzip eine Rolle (vgl. Art. 63 StGB). Verwiesen sei auf die Diskussion über die Strafzwecke. Würde bei der Strafbemessung nur auf den Präventionsbedarf abgestellt, hätte dies unbefriedigende Ergebnisse zur Folge. Es gibt Straftäter, die aus Gründen der Prävention keine Strafe bräuchten (zum Greis gewordener Kriegsverbrecher, Konflikttäter, ein sonst Rechtsgetreuer, der unter unglücklichen Umständen eine fahrlässige Brandstiftung verursacht). Andererseits gibt es sog. gemeinlästige Straftäter, die immer wieder nicht allzu schwer delinquieren und u.U. dauernd interniert werden müssten, wollte man die Gesellschaft um jeden Preis vor Delikten schützen. Hier stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit, sonst besteht die Gefahr des Missbrauchs durch eine sehr lange Zwangsinternierung. Hinzu tritt die Prognoseproblematik, d.h. die Schwierigkeit, die künftige Entwicklung des Täters vorauszusehen. Die strafrechtliche Sanktion kann deshalb nie nur ein sozial heilender Eingriff sein (Schultz), das Strafrecht nie nur ein reines Massnahmenrecht. Zu berücksichtigen sind auch sozialpsychologische Gegebenheiten. Ein Delikt berührt nicht nur den Täter, sondern auch die Gesellschaft und den Verletzten. Für das Opfer ist die Strafe institutionalisierter Ersatz für Selbsthilfe. Sie dient zur Verhütung von Selbstjustiz. Für die Gesellschaft sind Sanktionen des Strafrechts eine nachträgliche Bewährung der Rechtsordnung. Die Bestrafung kommt einem sozialetischen Unwerturteil gleich, einer öffentlichen Missbilligung des Verhaltens einer Person, die für ihre Tat verantwortlich ist. Man hofft, dies fördere den freiwilligen Rechtsgehorsam und werde auch vom Verurteilten verstanden. Es kann somit nicht nur der Präventionsbedarf massgebend sein. Berührt sind auch die Generalprävention, sozialpsychologische Aspekte, die Bewährung der Rechtsordnung (positive Generalprävention), die Vergeltung in Form des Schuldausgleiches.

¹ Literaturangabe: REHBERG 11-27; SCHULTZ 19-46; STRATENWERTH 15-59

Massnahmen sind Rechtsfolgen einer Straftat, die keine Strafen darstellen. Sie sind die Ausnahme, auf Fälle zugeschnitten, bei denen die schuldangemessene Strafe nicht adäquat wäre (z.B. bei der Straftat eines Geisteskranken), weil der Täter z.Zt. der Tat nicht schuldig war und nicht bestraft werden darf, oder weil die Schuldfähigkeit eingeschränkt war und die schuldangemessene Strafe aus der Sicht der Prävention zu kurz ausfallen müsste.

Es geht bei (sichernden) Massnahmen somit darum, die beim Täter infolge eines abnormen Zustandes bestehende Rückfallgefahr zu bekämpfen. Massnahmen knüpfen nicht an die Schuld des Täters, sondern an die Sozialgefährlichkeit an. Ein Verschulden ist nicht zwingend vorausgesetzt. Massnahmen haben eine ausschliesslich spezialpräventive Ausrichtung (Sicherung, Resozialisierung); sie haben keine Funktion im Rahmen der Vergeltung. Der Schuldgrundsatz wird im Namen von Behandlungszwecken ausser Kraft gesetzt. Dies ist der Vorteil, aber auch die Gefahr von Massnahmen.

Man kann sich fragen, ob man im Strafrecht auf Massnahmen verzichten kann, d.h. ob die Aufgabe der Massnahmen nicht von anderen Institutionen ausserhalb des Strafrechts übernommen werden könnte, namentlich vom fürsorgerischen Freiheitsentzug (FFE) gemäss Art. 397a ff. ZGB. Folgende Aspekte sprechen gegen einen Verzicht auf strafrechtliche Massnahmen:

- Die Verfahrensökonomie: Der Strafrichter kann ein Delikt abschliessend beurteilen, andernfalls gäbe es zwei verschiedene Verfahren in derselben Sache (namentlich dann, wenn das Gericht erst an der Hauptverhandlung die Massnahmebedürftigkeit eines Unzurechnungs- oder vermindert Zurechnungsfähigen feststellt).
- Art. 397a ZGB hat einen besonderen Anwendungsbereich. Er setzt voraus, dass "die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann". Massnahmen decken aber auch Fälle ab, bei denen es ausschliesslich um die Sicherheit der Allgemeinheit gegenüber einem gefährlichen Täter geht (isolierende Massnahmen). Auch die Verhinderung von Rückfällen ist nicht Aufgabe des FFE. Nicht geregelt sind im ZGB ferner ambulante (Behandlungs-) Massnahmen.
- Bei den strafrechtlichen Massnahmen besteht die Möglichkeit, im Sinn des dualistisch-vikariierenden Systems Freiheitsstrafen durch Massnahmen zu ersetzen.

II. EINZELHEITEN ZUM STRAFSYSTEM (VGL. EINFÜHRUNGSSKRIPT, IV ZIFF. 3 UND VI)

Je nach Strafart kann in verschiedene Rechtsgüter des Täters eingegriffen werden; bei der Todesstrafe wird sein Leben vernichtet, bei Körperstrafen wird sein Körper beeinträchtigt, bei Freiheitsstrafen wird die persönliche Freiheit betroffen, beim Verweis die Ehre, bei Bussen das Vermögen und bei anderen Sanktionen geht es um die Einschränkung oder den Entzug einzelner Rechte (vgl. z.B. Sanktionen wie Amtsunfähigkeit, Landesverweisung, Entzug der elterlichen Gewalt, Führerausweisentzug).

Was die *Strafandrohungen* anbetrifft, gibt es Normen, bei denen eine einzige Strafarm angedroht ist (Art. 111, 114 StGB). Häufig sind alternative Strafordrohungen vorgesehen, entweder verschiedene Arten von Freiheitsstrafen (z.B. Art. 113 StGB) oder Freiheitsstrafen und Busse (z.B. Art. 117 StGB). Möglich ist auch eine Kumulation von Strafen (vgl. Art. 229 Abs. 1 StGB).

Wo Freiheitsstrafen oder Bussen alternativ vorgesehen sind, kann auch Haft ausgesprochen werden (Art. 39 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Ferner ist bei einer alternativen Androhung von Freiheitsstrafe oder Busse auch die Kumulation möglich (Art. 50 Abs. 2 StGB).

III. EINZELHEITEN ZUM MASSNAHMENSYSTEM (VGL. EINFÜHRUNGSSKRIPT, IV ZIFF. 5/6)

Eine Hauptunterscheidung ist die Einteilung der Massnahmen in sichernde (d.h. freiheitsentziehende) und andere. Die ersteren werden grundsätzlich stationär vollzogen; ausnahmsweise ist der Vollzug ambulant möglich.

Die sichernden Massnahmen können ferner in bessernde und isolierende eingeteilt werden. Massnahmen sollen sowohl der "Besserung" der besserungsfähigen, als auch der "Unschädlichmachung" der unverbesserlichen Straftäter dienen (vgl. von Liszt in seinem Marburger Programm). Deshalb wurden Massnahmen in das Gesetz eingeführt, die primär auf die Sicherung und Massnahmen, die primär auf die Behandlung von Delinquenten zugeschnitten sind.

IV. VERHÄLTNISS VON STRAFEN UND MASSNAHMEN (VGL. EINFÜHRUNGSSKRIPT, IV ZIFF. 6)

A. Der Gedanke der Zweispurigkeit

Von Zweispurigkeit spricht man dann, wenn ein Gesetz Strafen *und* Massnahmen kennt. Dies gilt heute für die Gesetzgebungen fast aller Staaten. Es kommt damit zum Ausdruck, dass in besonderem Mass auch spezialpräventive Zwecke berücksichtigt werden. Man nimmt Rücksicht auf abnorme Zustände von Straftätern, auf welche Strafen nicht oder nicht ohne weiteres angepasst wären.

Strafen sind vergangenheitsbezogen und zukunftsgerichtet. Vergangenheitsbezogen ist der Ausgleich des Unrechts, der über die Strafzumessung gemäss Art. 63 StGB angestrebt wird. Gerechtigkeits- und sozialpsychologische Gründe fordern eine Relation zwischen Verschulden und Strafmass. Zukunftsgerichtet ist das Ziel der Spezialprävention. Man will mit der Strafe auch verhindern, dass der Täter in Zukunft wieder delinquent (verwiesen sei u.a. auf das Resozialisierungsziel gemäss Art. 37 StGB). Auch die Allgemeinheit soll von Delikten abgehalten werden (Generalprävention).

Sichernde Massnahmen sind *nur* zukunftsgerichtet. Es geht um die Verhütung weiterer Delinquenz. Sie sind nur soweit zulässig, als vom abnormen Zustand eine Rück-

fallgefahr ausgeht, welche eine Massnahme erfordert. Es kommt auf die durch die Tat bekundete soziale Gefährlichkeit an und es geht bei ihrer Verhängung nicht um eine öffentliche Missbilligung.

B. Gesichtspunkt der Voraussetzungen

Die Strafe setzt ein tatbestandsmässiges, rechtswidriges, schuldhaftes menschliches Verhalten voraus.

Bei Massnahmen ist zunächst in der Regel vorausgesetzt, dass die Verbrechenmerkmale ebenfalls erfüllt sind. Ferner erfordern die einzelnen Massnahmen besondere Voraussetzungen (vgl. z.B. Art. 42 StGB). Ausnahmsweise ist ein Verschulden nicht erforderlich (vgl. Art. 10 StGB).

C. Gesichtspunkt der Zumessung, der Dauer und der Beendigung

Der Ausmass der Strafe wird *im voraus* festgelegt (Art. 63 ff. StGB).

Massnahmen (namentlich sichernde) werden auf unbestimmte Dauer angeordnet (allenfalls im Rahmen bestimmter Minima und Maxima). Sie werden durch einen besonderen Rechtsakt beendet, wenn der Zustand des Täters die Massnahme nicht mehr erfordert (vgl. z.B. Art. 43 Ziff. 4 StGB). Für die Dauer der Massnahme sind nicht die Schwere von Unrecht und Schuld massgebend, sondern die Abnormität des Täters, seine Gefährlichkeit und allenfalls seine Behandlungsbedürftigkeit.

D. Gesichtspunkt des Vollzugs

Der Vollzug ist Sache der Kantone. Wie weit der Erlass von Vollzugsrecht in die Kompetenz der Kantone fällt, ist umstritten. Die einen verweisen auf Art. 123 BV, der die Frage nicht regelt (mit der Konsequenz, dass diesfalls die Kantone zuständig wären und der Bund nur soweit Vollzugsrecht erlassen dürfte, als dies zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts unbedingt notwendig wäre). Andere machen geltend, das materielle Vollzugsrecht gehöre zum materiellen Strafrecht und wäre deshalb Bundessache; man habe lediglich in der Vergangenheit aus politischen Gründen nicht konsequent alle Fragen auf Bundesebene geregelt. De facto besteht heute eine Aufgabenteilung, indem einige Vollzugsfragen (grundsätzliche, aber auch andere) im StGB geregelt werden (vgl. z.B. Art. 37, 37bis, 38, 39, 40, 46, 49, 376 StGB), während man die Regelung der Einzelheiten den Kantonen überlässt.

Bezüglich des Vollzugs von Massnahmen sind die Normen des StGB viel dürftiger und weniger schematisch (vgl. z.B. Art. 42 Ziff. 2 und 3, ferner Art. 43, 44 und 45 StGB).

Der Ort des Vollzugs ist bei Freiheitsstrafen eine Strafanstalt. Bei Massnahmen ist die Situation komplexer. Z.T. sind besondere Anstalten vorgeschrieben (Trinkerheilanstalt, Arbeitserziehungsanstalt, psychiatrische Kliniken), z.T. werden Massnahmen in Strafanstalten vollzogen (vgl. Art. 42 Ziff. 2 StGB).

E. Monismus/Dualismus/vikariierendes System

Es geht um das Verhältnis von Strafen und Massnahmen in einer zweispurigen Gesetzgebung.

(Richterlicher) Monismus bedeutet, dass der Richter sich entweder für eine Strafe oder eine Massnahme entscheiden muss.

Dualismus besagt, dass Strafen und Massnahmen gleichzeitig ausgefällt werden können. Darauf beruht grundsätzlich das StGB (Ausnahme: Arbeitserziehungsanstalt gemäss Art. 100bis StGB und das Jugendstrafrecht).

In der Schweiz besteht das sog. dualistisch-vikariierende System und zwar dergestalt, dass immer zuerst die Massnahme vollzogen wird. Die Strafe wird auf die Dauer der Massnahme angerechnet. Z.T. kann der Richter diesfalls auf den Vollzug der Strafe verzichten (Beispiel: Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 1, Ziff. 4 Abs. 1 und Ziff. 5 StGB).

F. Statistik (siehe Lehrbuch § 6)

V. HISTORISCHE ENTWICKLUNG UND THEORETISCHE GRUNDLAGEN

A. Zur Historie (vgl. auch Lehrbuch, § 7)

Bis zur Jahrhundertwende enthielten Strafgesetze in der Regel nur Strafen. Die Strafe sollte vorwiegend Vergeltung für eine begangene Tat sein. Die Spezialprävention hatte untergeordneten Charakter. Überwiegend waren Freiheitsstrafen vorgesehen. Der kriminalpolitische Fortschritt des 19. Jahrhundert bestand in der Ablösung der Todesstrafe und der Körperstrafen durch die Freiheitsstrafe.

In diesen Zeiten stellte man eine grosse Rückfallhäufigkeit fest, weil die Freiheitsstrafe durch die vorübergehende Herausnahme der Betroffenen aus ihrer Umgebung und die damit verbundene Diskriminierung oft zu einer Entwurzelung der Straftäter führte, abgesehen davon, dass der Vollzug meist unter inhumanen Bedingungen erfolgte. Deshalb setzte sich mehr und mehr der Gedanke durch, Freiheitsstrafen müssten ultima ratio sein, wenn keine andere vertretbare Sanktion zur Verfügung steht. Parallel dazu erfolgte zunehmend eine bis heute weiterdauernde Humanisierung des Sanktionensystems durch eine Milderung der Strafen (Todesstrafe - Körperstrafe - Freiheitsstrafe - Geldstrafe - Alternativen - Strafbefreiungsmöglichkeiten). Ferner wurde das Strafrecht vermehrt rationalisiert, d.h. nach seinem Zweck hinterfragt. In diesem Zusammenhang wurde zunehmend die Resozialisierung als Ziel des Strafvollzugs anerkannt, der bedingte Strafvollzug eingeführt, die Busse aufgewertet. Ferner wurden für ganz besondere Tätertypen Massnahmen als spezialpräventiv ausgerichtete Sanktionen geschaffen.

Der *Vorentwurf Stooss* im Jahre 1893 für ein eidgenössisches StGB war weltweit der erste Entwurf eines Strafgesetzbuches mit einem ausgebauten Massnahmensystem

(vorher gab es nur punktuelle Regeln); der Vorentwurf war echt dualistisch konzipiert und verwirklichte in Ansätzen das dualistisch-vikariierende System; Stooss war auch einer der ersten, der den bedingten Strafvollzug propagierte. Das Gedankengut von Stooss fand schliesslich im Strafgesetzbuch seinen Niederschlag. Eine Verbesserung des Sanktionensystems wurde anlässlich der zweiten Teilrevision (1971) verwirklicht. Heute diskutiert man im Rahmen der Totalrevision des Allgemeinen Teils eine grundlegende Reform des Sanktionensystems. Eine entsprechende bundesrätliche Vorlage befindet sich in der parlamentarischen Beratung.²

B. Zu den theoretischen Grundlagen (vgl. auch Lehrbuch, § 5 und § 7 III)

Wir kennen heute *drei klassische Straftheorien*: Die Vergeltungstheorie, die Generalpräventionstheorie und die Spezialpräventionstheorie. Bei der Vergeltungstheorie, auch absolute Straftheorie genannt, wird die Strafe als (ausgleichende) Vergeltung für die Straftat aufgefasst. Die Strafe trägt den Zweck in sich. General- und Spezialprävention sind Zielsetzungen der relativen Theorien (Präventionstheorien, Zwecktheorien). Bei der Generalpräventionstheorie soll die Strafe der Abschreckung dienen. Die Allgemeinheit (und der Einzelne) sollen durch Strafandrohungen (sowie durch Urteile und den Strafvollzug) von der Begehung von Straftaten abgehalten werden (negative Funktion der Generalprävention). Die positive Funktion besteht in der Bewährung der Rechtsordnung, in der öffentlichen Missbilligung, die durch den Bestrafungsakt erfolgt. Dadurch soll das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung gestärkt und eine Solidarisierung unter den Rechtsgetreuen gefördert werden.

Bei der Spezialprävention geht es um die Einwirkung auf den überführten Straftäter im Interesse der Deliktsverhinderung. Man kann drei Formen der Spezialprävention unterscheiden: Sicherung, Individualabschreckung und Resozialisierung.

Vereinigungstheorien versuchen zwischen den absoluten und relativen zu vermitteln, indem sie sowohl die Bedeutung der General- und der Spezialprävention hervorheben als auch die Vergeltung in Form des Schuldausgleichs bei der Strafzumessung zulassen.

Mit dem Vorentwurf Stooss hat sich auch in der Schweiz schon 1893 eine Kombination von Schuldstrafrecht und Präventionsstrafrecht angekündigt.

Das *geltende StGB* bezeichnete Noll als pragmatische Mischung zwischen schuldstrafrechtlichem und präventivem Strafrecht i.S. der Vereinigungstheorie. Einerseits spielt das Schuldprinzip eine Rolle (vgl. Art. 63 StGB; Schuldausgleich), andererseits die Spezialprävention (Massnahmen, bedingter Strafvollzug, Art. 37 StGB).

Strafen sind die Regelfolge, sichernde Massnahmen sind dann anzuordnen, wenn die ordentliche Strafe ihre Wirkung versagt, d.h. der Situation des Täters nicht angepasst ist.

² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafrechts sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, 1979 ff.

VI. RECHTSQUELLEN

Das Sanktionensystem ist materielles Strafrecht. Es geht beim materiellen Strafrecht um Rechtsnormen, welche die Arten der kriminalrechtlichen Sanktionen und die Voraussetzungen für ihre Anordnung umschreiben. Zum materiellen Strafrecht gehören natürlich auch Vorschriften über die Voraussetzungen und die Bemessung sowie die Beendigung von Sanktionen. Da das materielle Strafrecht Bundessache ist (Art. 123 BV), sind die Sanktionen im Strafgesetzbuch geregelt.

Daneben enthält das StGB auch Strafvollzugsrecht (und Massnahmenvollzugsrecht); vgl. Art. 37, 37bis, 40, 46, 374 ff., 397bis StGB, VStGB 1-3.

Das Sanktionenrecht ist an sich vom Strafvollzugsrecht zu unterscheiden. Aber beide Gebiete sind eng miteinander verbunden. Die Trennung ist nicht immer leicht. Es können Koordinationsprobleme entstehen, weil nicht der gleiche Gesetzgeber für beide Gebiete zuständig ist. Dies ist der Grund, warum im StGB gewisse Grundfragen des Strafvollzugsrecht geregelt werden müssen.

VII. DAS ZUKÜNFTIGE SANKTIONENSYSTEM (ÜBERBLICK ÜBER DAS KONZEPT GEMÄSS BOTSCHAFT 1998) (ZUM VE 1993 VGL. LEHRBUCH § 7 N 31 UND ANHANG II)

Heute besteht beim Sanktionenrecht namentlich deshalb ein Reformbedarf, weil das System zu vielen, namentlich kurzen Freiheitsstrafen führt und weil die Massnahmen aus rechtsstaatlicher Sicht an zu wenig präzise Voraussetzungen geknüpft sind.

Die Schweiz kennt de lege lata als Hauptstrafen nur die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe. Es besteht somit eine gewisse Sanktionenarmut. Oft hat der Richter nur die Möglichkeit, als Sanktion eine unbedingte oder bedingte Freiheitsstrafe oder aber eine Geldstrafe auszusprechen.

Hauptpunkte der Revision:

- Kurze Freiheitsstrafen unter sechs Monaten sollen nur noch in Ausnahmefällen zulässig sein;
- Geldstrafen sollen nach dem Tagessatzsystem verhängt werden können (das die Schweiz derzeit noch nicht kennt);
- die Gemeinnützige Arbeit ist als selbständige Sanktion vorgesehen In der Schweiz besteht diese Sanktionsmöglichkeit im Erwachsenenstrafrecht seit 1991 als Vollzugsform für kurze Freiheitsstrafen bis zu drei Monaten.³ In der hängigen Vorlage ist sie als selbständige Sanktion und Alternative für Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten vorgesehen. Dieses Vorhaben ist relativ leicht zu verwirkli-

³ Vgl. dazu die zwei neuesten Studien „Gemeinnützige Arbeit 1996“, Bundesamt für Justiz/Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 1998 und „Gemeinnützige Arbeit 1997“, BFS aktuell, Neuchâtel 1998 (zu beziehen beim Bundesamt für Statistik, Espace de l'Europe 10, CH 2010 Neuchâtel).

chen, weil die Gemeinnützige Arbeit bereits als Vollzugslösung existiert und in vielen Kantonen die entsprechende Infrastruktur schon vorhanden ist;

- bei den Freiheitsstrafen soll die Möglichkeit bestehen, sie teilbedingt auszusprechen, wobei gleichzeitig die Obergrenze für bedingte Freiheitsstrafen von 18 Monaten auf drei Jahre erhöht wird. Nach diesem Konzept kann der Richter einen Teil der ausgesprochenen Freiheitsstrafe verbüssen lassen und den Rest zur Bewährung aussetzen;
- schliesslich ist das Institut des „Aussetzens der Strafe“ vorgesehen: Unter der etwas ungenauen Bezeichnung „Aussetzen der Strafe“ soll im Bereich von kürzeren Freiheitsstrafen die Möglichkeit bestehen, nach einem Schuldspruch die Strafart noch nicht zu spezifizieren, sondern entsprechend dem Verschulden nur eine bestimmte Anzahl von sog. Strafeinheiten in Verbindung mit einer Probezeit festzulegen. Eine Strafeinheit ist gleichzusetzen mit einem Tag Freiheitsstrafe, einem Tagessatz Geldstrafe und 4 Stunden Gemeinnütziger Arbeit. Beim Widerruf infolge Nichtbewährung muss der Richter die Art der Strafe festlegen. Dabei kann er diese auf die Strafe, welche für die Rückfalltat ausgefällt wird, abstimmen. Ist die Strafe im zweiten Fall z.B. eine Geldstrafe, wandelt er die Strafeinheiten in die entsprechende Anzahl Tagessätze um. Gleiches gilt sinngemäss für die Gemeinnützige Arbeit. Eine vollziehbare Freiheitsstrafe soll nach diesem System grundsätzlich erst verhängt werden können, wenn nach einem Rückfall die zu bildende Gesamtstrafe mindestens sechs Monate beträgt (Art. 46 Botschaft 1998).⁴ Diese Regelung ist als Ersatz für den in der Schweiz sehr hohen Anteil an kurzen bedingten Freiheitsstrafen gedacht (ungefähr 32'000 pro Jahr). In der Sache ist das Aussetzen der Strafe mit den kurzen bedingten Freiheitsstrafen vergleichbar. Sie hat aber den Vorteil, dass sie im Widerrufsfall eine grössere Flexibilität gestattet. Sie ist als reine Bewährungsstrafe auf ein Konzept mit einer Mehrzahl von Alternativen zugeschnitten.

Wichtig ist auch der Vorschlag, bei Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr die Strafe stets in Form der Halbfangenschaft zu vollziehen, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Gefangene flieht oder weitere Straftaten begeht.

Ein anderes Anliegen ist der Schutz vor gefährlichen Gewalttätern. Zu diesem Zweck wird namentlich eine neue Sicherungsverwahrung vorgesehen, die umfassender als im heutigen Recht ausgestaltet ist. Psychisch kranke Täter sollen zudem, wenn sie gefährlich sind, in besonderen Sicherheitseinrichtungen eine geeignete Behandlung erhalten. Für die Entlassung gefährlicher Täter aus dem Straf- und Massnahmenvollzug werden die Bedingungen verschärft.

Ferner ist versucht worden, den Führerausweisentzug als selbständige strafrechtliche Sanktion einzuführen. Dieser begrüssenswerte Vorschlag wurde allerdings durch die Lobby der Administrativbehörden zu Fall gebracht. Ein im Strafrecht verankertes Fahrverbot wäre auch ein wichtiges Element in einer Strategie gegen kurze Freiheits-

⁴STRATENWERTH, Zur Revision des Rechts der Sanktionen im Schweizerischen Strafgesetzbuch, Anwaltsrevue, Publikationsorgan des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Nr. 6-7, 1998, 4 ff., 5.

strafen, denn die Hälfte aller kurzen Freiheitsstrafen, auch der unbedingten, wird wegen Strassenverkehrsdelikten ausgesprochen.

§ 2 ZUR TODESSTRAFE⁵

Die Todesstrafe ist auf der ganzen Welt in zahlreichen Ländern eine gesetzlich vorgesehene Sanktion. In vielen zivilisierten Staaten hat man sie abgeschafft oder erwägt, dies zu tun. Die USA stellen diesbezüglich die Ausnahme dar, welche die Regel bestätigt, wird dort doch mehr denn je auf diese Sanktionsart gesetzt. Zur Zeit warten mehrere tausend Menschen auf ihre Hinrichtung und die Tendenz zeigt weiter nach oben, obwohl diese Strafart nachweislich keinen signifikanten Abschreckungseffekt zur Folge hat.

In Ländern, wo sie nicht besteht, wird gelegentlich die Wiedereinführung propagiert. Es gab in der Schweiz immer wieder Umfragen, in denen sich eine Mehrheit für die Einführung der Todesstrafe ausgesprochen haben soll.

Zugunsten der Todesstrafe wird gelegentlich die abschreckende Wirkung gegenüber potentiellen Schwerverbrechern ins Feld geführt.

Für Kritiker ist die abschreckende Wirkung nicht nachgewiesen. Dies belegen auch empirische Untersuchungen. In Ländern, welche die Todesstrafe abgeschafft haben, konnte deswegen keine Zunahme schwerer Delikte festgestellt werden. Beim Vergleich von Ländern mit oder ohne Todesstrafe ergeben sich keine Indizien, dass wegen dieses Unterschieds die Kriminalität anders wäre. Die Kriminalität ist überhaupt nur bedingt durch das Sanktionensystem lenkbar. Täter, die bereit sind, schwerste Delikte zu begehen, orientieren sich, sofern sie sich überhaupt mit den Folgen rational befassen, viel stärker an der Intensität der Strafverfolgung (am Risiko des Erfasstwerdens), als am angedrohten Übel.

Ein weiterer Nachteil ist die irreparable Situation im Fall eines Justizirrtums. Der Vollzug der Todesstrafe ist unwiderrufbar. Justizirrtümer sind jedoch nicht ausgeschlossen. Eine Studie der Columbia University⁶ hat gezeigt, dass während des Untersuchungszeitraums (23 Jahre) 68% aller Todesurteile schwere Fehler aufwiesen und in Rechtsmittelverfahren aufgehoben wurden. 82% der Personen, deren Todesurteile aufgehoben wurden, erhielten eine mildere Sanktion, 7% waren sogar unschuldig. Nur ganz gravierende Mängel führen zur Aufhebung von Todesurteilen. Häufig unterliessen es inkompetente Strafverteidiger, wichtige entlastende Beweise zu ermitteln oder vor Gericht zu präsentieren, oder Polizei und Staatsanwaltschaft unterdrückten ihnen bekannte entlastende Beweismittel. Die hohen Irrtumsraten be-

⁵ REHBERG 20; SCHULTZ 25 f.; STRATENWERTH 17 ff.; KELLER, Die Todesstrafe in kritischer Sicht, Diss. Zürich 1965; LUGINBÜHL, Die Todesstrafe und die Unantastbarkeit des menschlichen Lebens, in: Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, 39 ff.; NOLL, Die abschreckende Wirkung der Todesurteile, in: Landesverräter, Frauenfeld 1980, 55 ff.; WALDER-RICHLI, Todesstrafe und Öffentlichkeit in der Schweiz, in: Strafrecht und Öffentlichkeit, FS für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, Zürich, 1996, S. 327-341.

⁶ LIEBMAN/RIFKIND/FAGEN/WEST/COLUMBIA UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, A Broken System: Error Rates in Capital Cases 1973-1995, download unter <http://www.law.columbia.edu/news/PressReleases/liebman.html> oder <http://justice.policy.net/jpreport/>

trafen den gesamten Untersuchungszeitraum und alle Staaten der USA. Zwischen Todesurteil und letzter Überprüfung oder Vollstreckung verstreichen durchschnittlich 10,6 Jahre, in denen - während der Verurteilte in der Todeszelle sitzt - in langwierigen Verfahren nach fehlerhaften Todesurteilen gesucht wird.

Man kann sich auch fragen, ob nicht die Gefahr gegenseitiger Brutalisierung und einer Eskalation der Gewalt besteht, wenn der Staat Tötungsdelikte mit Tötung beantwortet. Brutales Vorgehen darf den Staat nicht dazu verleiten, dieselbe Stufe der Eskalation zu betreten. Der Staat muss seine moralische Überlegenheit beweisen. In vielen Staaten besteht im übrigen eine willkürliche Situation wegen der bestehenden Begnadigungspraxis. Gewisse zum Tode Verurteilte werden hingerichtet, andere werden begnadigt. Verwiesen sei auch auf die Problematik des Vollzugs. Der Staat sollte sich zum Leben als höchstem Gut bekennen und den Wert der Unverletzlichkeit des menschlichen Lebens betonen. Eine solche Haltung passt nicht zur Todesstrafe. Diese ist abzulehnen.

Gemäss Art. 10 Abs. 1 BV ist die Todesstrafe in der Schweiz verboten.

Bis zur Verfassungsrevision war gemäss Art. 65 aBV die Todesstrafe in der Schweiz "nur" für sog. politische Delikte verboten. Im StGB war sie aber als Sanktion nicht vorgesehen. In den parlamentarischen Beratungen des Strafgesetzbuches war vor allem in der Endphase die Frage der Todesstrafe einer der Hauptstreitpunkte. Im MStG ist sie auch für Kriegszeiten abgeschafft worden. Während des zweiten Weltkrieges wurden gestützt auf Notrecht 17 Todesurteile vollstreckt. Durch die Ratifizierung des Protokolls Nr. 6 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe vom 28.4.1993 (SR 0.101.06) hat die Schweiz ihrem Willen, die Todesstrafe zu ächten, zusätzlich Ausdruck verliehen.

Für weitere Informationen zur Todesstrafe in den USA:

<http://www.albany.edu/sourcebook/1995/pdf/t676.pdf>

(Source book on crime)

http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pubalp2.htm#Capital_Punishment

(Bureau of Justice Statistics Publications)

§ 3 ZUR KÖRPERSTRAFE⁷

Gemäss Art. 10 Abs. 3 BV ist die Körperstrafe verboten. Zu denken ist an Prügelstrafen, Verstümmelungsstrafen, Folter, Nahrungsentzug etc.

Auch gemäss Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

An die Voraussetzungen von Art. 3 EMRK werden hohe Anforderungen gestellt. Es muss ein gewisser Schweregrad der Misshandlung vorliegen und die Leiden müssen von einer besonderen Intensität und Grausamkeit sein.

In der UNO-Konvention gegen die Folter vom 10.12.1984 werden als Folter Handlungen staatlicher Organe definiert, die vorsätzlich zur Erreichung eines bestimmten Zweckes (Erpressung von Informationen und Geständnissen, Strafe, Einschüchterung) einer Person starke körperliche oder geistig-seelische Schmerzen und Leiden zufügen.

Im Zusammenhang mit Haftbedingungen wurde eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) bisher noch nie bejaht, obwohl es z.T. recht gravierende Fälle gab.⁸ Sinnesisolation (keine Anregung der Sinnesorgane, Ausschaltung aller physischen Reize verbunden mit einer völligen sozialen Isolation) kann gemäss EKMR zur Zerstörung der Persönlichkeit führen und eine Form von unmenschlicher Behandlung sein, die nicht mit Sicherheitsanforderungen gerechtfertigt werden kann.

Der Gerichtshof für Menschenrechte erklärte, Art. 3 EMRK sei verletzt, wenn Personen absichtlich einer Gesamtheit von körperlichen oder seelischen Leiden mit dem Ziel unterworfen werden, sie zu bestrafen, ihre Persönlichkeit zu zerstören oder ihre Widerstandskraft zu brechen.⁹

Gemäss BGE 103 Ia 293 verstösst strenge Einzelhaft nicht gegen das Verbot der Körperstrafe.

⁷ SCHULTZ 26; STRATENWERTH 19 f.

⁸ Vgl. FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. A., Kehl u.a. 1997, N 10 zu Art. 3 EMRK.

⁹ Zur Rechtsprechung des Gerichtshofes vgl. FROWEIN/PEUKERT, N 1 ff. zu Art. 3 EMRK.

§ 4 DIE FREIHEITSSTRAFEN¹⁰

I. DIE ARTEN DER FREIHEITSSTRAFEN

A. Überblick

Bei Freiheitsstrafen geht es um den Entzug oder die Beschränkung der Freiheit durch Einsperren einer Person (sofern nicht der bedingte Strafvollzug gewählt wird). Sie werden in Art. 35 ff. StGB geregelt.

B. Zuchthaus, Gefängnis und Haft

Das Gesetz kennt als Freiheitsstrafen Zuchthaus, Gefängnis und Haft.

Der Unterschied zwischen Zuchthaus und Gefängnis besteht zunächst in der unterschiedlichen gesetzlichen Mindest- und Höchstdauer. Zuchthaus bedeutet Freiheitsentzug von 1 bis zu 20 Jahren (Art. 35 StGB), in drei Einzelfällen lebenslänglicher Freiheitsentzug (Art. 112, 185 Ziff. 3, 266 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Gefängnis bedeutet Freiheitsentzug von 3 Tagen bis zu 3 Jahren (Art. 36 StGB). Haft entspricht Freiheitsentzug von 1 Tag bis zu 3 Monaten (Art. 39 StGB). Vorbehalten bleiben Abweichungen im Besonderen Teil und im Nebenstrafrecht. Die Dreiteilung der Freiheitsstrafen in Zuchthaus, Gefängnis und Haft bezogen auf den Vollzug, die mit dem Strafgesetzbuch beabsichtigt war (vgl. dazu nachstehend II.), hat sich nicht durchgesetzt. Allerdings rang sich der Gesetzgeber formal auch nicht zur Einheitsfreiheitsstrafe durch, wie man sie in zahlreichen anderen Staaten kennt.

Zur Statistik: Ca. 2% aller Freiheitsstrafen sind Zuchthausstrafen, ca. 78% Gefängnisstrafen und 20% Haftstrafen.

Die Botschaft 1998 schlägt die Einführung der Einheitsfreiheitsstrafe vor (Art. 40).

II. ZUM VOLLZUG DER FREIHEITSSTRAFEN

A. Im allgemeinen

Im StGB von 1937 war geplant, für Zuchthaus, Gefängnis und Haft je eine besondere Anstalt oder Anstaltsabteilung zu schaffen und so eine unterschiedliche Härte des Vollzugs zu verwirklichen. Zuchthausstrafen sollten besonders abschreckend wirken (Generalprävention), so durch unterschiedliche Anstaltskleidung, durch unter-

¹⁰ REHBERG 28-59; SCHULTZ 47-72; STRATENWERTH 20-23, 61-104; MAIER/URBANIÖK, Die Anordnung und praktische Durchführung von Freiheitsstrafen und Massnahmen, Zürich 1998; SCHUH, Freiheitsstrafe heute: Versuche einer Einfühlung, in: Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs, Grusch 1987, 11-48.

schiedliche Regelungen bzgl. des Besuchsverhältnisses (Besuch und Briefverkehr sollten nur in engen Grenzen zugelassen sein), durch die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit (die obligatorisch vorgesehen war) sowie durch den Ausschluss des bedingten Strafvollzugs. In Art. 393 StGB wurden die Kantone verpflichtet, dieses System innert 20 Jahren (bis zum 1.1.1962) zu verwirklichen. Dies wurde jedoch nicht realisiert. Einerseits waren die Kantone überfordert, andererseits fehlte aber auch der Wille, diese Bestimmung zu befolgen, denn es trat ein Auffassungswandel ein. Man kam zum Schluss, dass eine Differenzierung nicht sinnvoll sei, welche nach der abstrakten Schwere oder Geringfügigkeit einer Tat den Vollzug unterschiedlich ausgestalten wollte. Sinnvoller erschien es, täterbezogene Kriterien zu verwenden. Deshalb wird heute bei Strafen von über 3 Monaten danach unterschieden, ob der Täter ein Erstmaliger oder ein Rückfälliger ist. Massgebend war auch die Auffassung, dass eine Diskriminierung bei der Zuchthausstrafe dem Resozialisierungsziel hinderlich sei. Eine Demütigung und eine Stigmatisierung mag wohl generalpräventiv wirken, es stellt sich aber die Frage, ob eine besonders abschreckende Ausgestaltung des Freiheitsentzugs wirklich nötig ist, weil Freiheitsentzug an sich schon Übel genug sein sollte, um generalpräventiv zu wirken. Es scheint deshalb aus heutiger Sicht nicht sinnvoll, durch besondere Härten und Erniedrigungen spezifisch zu demonstrieren, wie wenig empfehlenswert es ist, in den Strafvollzug zu kommen. Deshalb werden heute Zuchthaus und Gefängnisstrafen in gleicher Weise vollzogen. Durch die Revision vom 18.3.1971 hat man das Gesetz diesen tatsächlichen Gegebenheiten angepasst. Die Dreiteilung der Freiheitsstrafen in Zuchthaus, Gefängnis und Haft besteht deshalb heute nur noch formell.

Faktisch ist bezüglich Zuchthaus- und Gefängnisstrafen der Einheitsvollzug und die Einheitsstrafe verwirklicht. Verwiesen sei auf die gemeinsamen Vollzugsvorschriften in Art. 37 StGB. Unterschieden wird heute bezüglich des Vollzuges in kurzfristige Freiheitsstrafen (Haft, Gefängnis bis zu 3 Monaten; vgl. Art. 37bis Ziff. 1 und Art. 39 StGB) und langfristigen Strafen (Zuchthaus sowie Gefängnis über 3 Monate; vgl. Art. 37 StGB) und innerhalb der langfristigen Freiheitsstrafen zwischen dem Vollzug in Erstmaligen- und den Vollzug in Rückfälligenanstalten (vgl. dazu nachstehend Ziff. 2).

B. Vollzug der Zuchthaus- und Gefängnisstrafen (ab drei Monaten)

Der Vollzug langfristiger Strafen ist in Art. 37 StGB geregelt.

Vollzugsziel ist die Erziehung und die Resozialisierung (Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Vgl. dazu Lehrbuch § 5 N 25.

Im Vollzug besteht die *Arbeitspflicht* (Art. 37 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

Zuchthaus- und Gefängnisstrafen werden *gemeinsam vollzogen* (Art. 37 Ziff. 2 StGB). Bezüglich *Vollzugsanstalten* wird wie erwähnt zwischen Anstalten für Erstmalige und Anstalten für Rückfällige unterschieden (Art. 37 Ziff. 2 Abs. 2 und 3 StGB). Als *Erstmaliger* zählt nicht, wer in den letzten fünf Jahren vor der Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder eine Massnahme gemäss Art. 42 oder 91 Ziff. 2 StGB verbüsst hat. Ferner können Erstmalige in Rückfälligenanstalten plaziert werden,

wenn besondere Umstände dies erfordern (Gemeingefährlichkeit, Fluchtgefahr, Verleitung anderer).

Für die übrigen Gefangenen sind *Anstalten für Rückfällige* vorgesehen, ausser wenn besondere Umstände eine Plazierung in einer Erstmaligenanstalt erlauben. Das Gesetz ist diesbezüglich flexibel, praktiziert eine Individualisierung des Strafvollzugs.

Ein weiterer Anstaltstyp ist im Gesetz die fakultativ vorgesehene *Entlassenenanwärterstation*; nach der halben Strafzeit kann jemand im Rahmen der sog. Halbfreiheit (semi-liberté) in eine freier geführte Anstalt umgesiedelt werden, von wo aus er in einem nicht zur Anstalt gehörenden öffentlichen oder privaten Betrieb zur Arbeit gehen kann (Art. 37 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Ausnahmen von der gesetzlichen Regelung sind möglich, aber nur mit Zurückhaltung zugelassen (BGE 116 IV 278 f.). Zu unterscheiden ist diese Vollzugsform von der Halbgefängenschaft (vgl. hinten D.).

Ein besonderes Merkmal der Vollzugsvorschriften ist schliesslich das *Progressivsystem* (Stufensystem) gemäss Art. 37 Ziff. 3 StGB. In einer ersten Phase soll jemand in Einzelhaft gehalten werden (wovon oft, namentlich bei vorangehender langer Untersuchungshaft, abgesehen wird), dann erfolgt die Gemeinschaftshaft (wonach Einzelhaft nur in der Ruhezeit vollzogen wird), in einer dritten Phase besteht die Möglichkeit der sog. Halbfreiheit (mit der Möglichkeit der Plazierung in einer Entlassenenanwärterstation), und als letzte Stufe kommt die bedingte Entlassung gemäss Art. 38 StGB. Nicht ausdrücklich im StGB, sondern im kantonalen Vollzugsrecht ist das Urlaubswesen geregelt.

Die zweite Teilrevision führte zu einer Verschiebung von Entscheidkompetenzen vom Richter auf die Exekutive.

In Tat und Wahrheit hat die Halbfreiheit nur eine begrenzte Bedeutung, weil sie regelmässig auf wenige Monate beschränkt bleibt. Man kann sich auch fragen, ob die Differenzierung in Erstmaligen- und Rückfälligenanstalten sinnvoll sei. De lege ferenda müssten wohl bei der Anstaltsdiversifikation noch weitere Gesichtspunkte berücksichtigt werden (die Dauer der Freiheitsstrafe, die Sicherheitsanforderungen, die Betreuungsinfrastruktur der Anstalten etc.).

C. Vollzug der Haft und der Gefängnisstrafen bis zu drei Monaten

Verwiesen sei auf Art. 37bis und 39 StGB. Davon betroffen sind rund 75% aller Gefangenen. Auch Gefangene mit langfristigen Strafen können vom betreffenden Regime profitieren, wenn nur noch ein Rest bis zu drei Monaten zu vollziehen ist (z.B. als Folge langer Untersuchungshaft, vgl. Art. 37bis Ziff. 2 StGB).

Der Vollzug hat in besonderen Haftanstalten oder -abteilungen zu erfolgen, nicht in Räumen für den Vollzug anderer Strafen und Massnahmen (Art. 39 Ziff. 2 StGB). Diese Vollzugsvorschrift entspricht der Realität nicht. Häufig werden kurze Freiheitsstrafen in Bezirksgefängnissen vollzogen, in denen sich auch Gefangene befinden, die kürzere Freiheitsstrafen (von mehr als 3 Monaten) absolvieren sowie Untersuchungsgefangene.

Auch bei diesem Regime besteht die Arbeitspflicht (Art. 37bis Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 39 Ziff. 3 StGB), wobei die Möglichkeit vorgesehen ist, sich selbst Arbeit zu beschaffen (Art. 39 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Es kann auch ausserhalb der Anstalt gearbeitet werden (Art. 39 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Im Unterschied zu den langfristigen Freiheitsstrafen sind kurze Freiheitsstrafen Warnstrafen, die keine erzieherische Einwirkung bezwecken.

Zur Problematik der kurzen Freiheitsstrafen vgl. nachstehend V.

D. Alternative Vollzugsformen kürzerer Freiheitsstrafen¹¹

1. Halbgefängenschaft, tageweiser Vollzug und gemeinnützige Arbeit

Wegen der als unverhältnismässig angesehenen negativen Auswirkungen kurzfristiger Freiheitsstrafen wurde in der Schweiz die auf die soziale Eingliederung ausgerichtete Vollzugsform der Halbgefängenschaft und des tageweisen Vollzugs geschaffen. Verwiesen sei auf Art. 39^{7bis} Abs. 1 lit. e und f StGB und VStGB 1 Art. 4 und VStGB 3 Art. 1. Bei der *Halbgefängenschaft* haben die Kantone die Möglichkeit, Freiheitsstrafen bis zu 12 Monaten so zu vollstrecken, dass der Gefangene nur die Frei- und Ruhezeit in der Anstalt verbringt, während er im übrigen seiner beruflichen Tätigkeit nachgeht. Gemäss BGE 106 IV 109 ist hierfür Voraussetzung, dass der Gefangene eine feste Arbeitsstelle im Einzugsgebiet eines Gefängnisses hat und dass bei ihm weder Flucht- noch Gemeingefährlichkeit besteht. Daneben darf der Kanton bei der Auswahl der für diese milde Vollzugsform in Betracht fallenden Verurteilten auch das Vorleben und die konkrete Erfolgsaussicht dieser Vollzugsart in sachlicher Weise in Betracht ziehen. Das hat allerdings dazu geführt, dass die Voraussetzungen für die Gewährung in den einzelnen Kantonen differieren. Progressivere Kantone gewähren im übrigen selbst im Fall der Arbeitslosigkeit die Vollzugsform der Halbgefängenschaft. Die Gefangenen behalten ihre bisherigen Einkünfte. Heute werden mehr als ein Drittel aller Freiheitsstrafen in dieser Form vollzogen. Die gemachten Erfahrungen sind mehrheitlich positiv. Die Quote der Widerrufe der Bewilligungen (wegen Nichteinhaltung der Bedingungen) ist gering.

Der *tageweise Vollzug* ist für Freiheitsstrafen bis zu 14 Tagen möglich. In diesen Fällen wird die Strafe in mehrere Vollzugsabschnitte aufgeteilt, die auf Ruhe- oder Feiertage des Verurteilten fallen. Die praktische Bedeutung dieser Vollzugsform ist gering.

Die Möglichkeit des Vollzugs einer Freiheitsstrafe mittels *gemeinnütziger Arbeit* besteht seit der Einführung des Art. 3a VStGB 3 per 1.5.1990. Dieser sieht vor, dass die Kantone vom EJPD die Bewilligung, Freiheitsstrafen bis zu einer Dauer von 30 Tagen in Form der gemeinnützigen Arbeit zu vollziehen, erhalten können. Dabei entspricht ein Tag Freiheitsentzug vier Stunden gemeinnütziger Arbeit.

¹¹ Vgl. dazu Lehrbuch § 2 N 25 und Bericht des Bundesamtes für Justiz, Halbgefängenschaft und tageweiser Vollzug im Strafvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, Bern 1984.

Nachdem VStGB 3 am 4. Dezember 1995 erneut geändert wurde, können Freiheitsstrafen bis zu einer Dauer von drei Monaten in der Form der gemeinnützigen Arbeit vollzogen werden.

2. Electronic Monitoring¹²

Wie in anderen europäischen Ländern besteht auch in der Schweiz ein gewisses Interesse an der sog. „elektronischen Fussfessel“. Dieser elektronisch überwachte Hausarrest kommt als Alternative zu Kurzstrafen, als Halbfreiheits-Stufe vor der Entlassung bei längeren Strafen, als Mittel zur Überwachung von Bewährungsaufgaben oder als Ersatzmassnahme für die Untersuchungshaft in Frage. Electronic Monitoring erscheint als taugliches Instrument, um den Verurteilten die Strafverbüsung ausserhalb des Gefängnisses und soziales Training zu ermöglichen.

In der Schweiz hat man vorerst davon abgesehen, diese Sanktionsform in die VStGB 3 aufzunehmen und die Kantone auf die Möglichkeit von Einzelbewilligungen durch den Bundesrat im Sinne von Art. 397^{bis} Abs. 4 StGB verwiesen. Derzeit sind in den Kantonen BS, BL, VD, GE, TI und ZH Modellversuche mit dem Electronic Monitoring geplant oder laufen bereits. Diese betreffen überwiegend die kurzen Freiheitsstrafen. Erste Erfahrungen sind überwiegend positiv.

E. Vollzugsvorschriften der Botschaft 1998

Vgl. Art. 74-92, 375, 378-383 Botschaft 1998.

III. DIE BEDINGTE ENTLASSUNG (ART. 38 STGB)¹³

A. Allgemeines

Sie ist einerseits eine Vergünstigung für Gefangene, die im Resozialisierungsprozess soweit fortgeschritten sind, dass eine vorzeitige Entlassung vertreten werden kann. Es handelt sich um ein Institut der Spezialprävention. Die Strafe soll dazu dienen, zu verhindern, dass der Täter erneut delinquent, indem ihm der Vollzug der Reststrafe angedroht wird.

Da Freiheitsstrafen andererseits als subsidiär, als ultima ratio und dem Verhältnismässigkeitsprinzip verpflichtet, angesehen werden, soll jemand schon vor Ablauf der Strafe entlassen werden können, wenn die Aussicht besteht, dass er nicht mehr delinquent.

¹² AEBERSOLD, Electronic Monitoring, Is big brother watching you?, ZStrR 1998, 367 ff.

¹³ LANGUIN, ROTH et al., La libération conditionnelle: risque ou chance? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Basel 1994; HUGENTOBEL, Die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug bei der Umwandlungsstrafe, SJZ 2000,

Die bedingte Entlassung wird gelegentlich als 4. Stufe des Vollzugs betrachtet. Gemäss BGE 119 IV 5 bildet sie die Regel, von der nur aus guten Gründen abgewichen werden kann (vgl. auch BGE 124 IV 193, 125 IV 113).

B. Voraussetzungen

In *zeitlicher Hinsicht* ist eine bedingte Entlassung nach zwei Dritteln des Vollzugs möglich, sofern mindestens drei Monate vollzogen sind. Bei lebenslänglichen Zuchthausstrafen ist die bedingte Entlassung nach einem Vollzug von 15 Jahren möglich. Bei der Verbüssungsdauer wird die anerkannte Untersuchungshaft angerechnet. Im internationalen Vergleich ist der Entlassungszeitpunkt eher spät. Die Tendenz geht dahin, dass die bedingte Entlassung nach der halben Strafzeit möglich sein sollte (in diesem Sinne Art. 86 Abs. 5 Botschaft 1998). Ein modernes Postulat lautet: "Lieber kurze Freiheitsstrafen als lange!". Man spricht wegen der Enttäuschung über das Scheitern zahlreicher Behandlungsprogramme im Ausland auch von der "Krise des Behandlungsvollzugs".

Materiell ist vorausgesetzt, dass das Verhalten des Gefangenen während des Strafvollzugs nicht gegen eine bedingte Entlassung spricht und eine günstige Prognose gestellt werden kann. Das erste Kriterium wird überwiegend kritisiert (vgl. auch BGE 124 IV 193), da es als Instrument zur Disziplinierung der Gefangenen dienen kann. Die günstige Prognose als Voraussetzung ist unbestritten, doch besteht die Schwierigkeit darin, Prognosen abzugeben. Vgl. BGE 119 IV 5 ff.

C. Verfahren

Zuständige Behörde sind die kantonalen Verwaltungsbehörden, in der Regel die Polizeidirektion, nicht ein Gericht. Die Überprüfung der Voraussetzungen erfolgt von Amtes wegen. Erforderlich ist ein Bericht der Anstaltsleitung. Dem Beschuldigten muss rechtliches Gehör gewährt werden, jedenfalls dann, wenn mit einem negativen Entscheid zu rechnen ist (BGE 109 IV 13 E bb.). Der Entscheid kann nicht pauschal erfolgen, sondern hat die wesentlichen Entscheidungsgründe darzulegen, d.h. er muss genügend substantiiert sein (BGE 119 IV 5). Der Entscheid kann nach Ausschöpfung des innerkantonalen Rechtsweges mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden.

D. Besondere Anordnungen

Bedingt entlassen bedeutet, entlassen unter Vorbehalt des Wohlverhaltens während einer gewissen Zeit. D.h. konkret: Es wird eine *Probezeit* von 1-5 Jahren angeordnet (die Probezeit kann somit länger sein als der Strafreist). Fakultativ ist *Schutzaufsicht* gemäss Art. 47 und 379 StGB vorgesehen (vgl. BGE 118 IV 218). Die Schutzaufsicht ist eine staatliche Betreuungsbehörde. Möglich ist ferner auch der Erlass von Weisungen (Art. 38 Ziff. 3 StGB). Das Nichtwohlverhalten ist in Art. 38 Ziff. 4 StGB geregelt.

E. Nichtbewährung / Bewährung und ihre Folgen

Bei einem neuen Delikt ist die Rückversetzung *obligatorisch*, wenn der Verurteilte eine unbedingte Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten erhält.

Die Möglichkeit der Rückversetzung ist ferner - ausser in leichten Fällen - vorgesehen, wenn der Entlassene gegen Weisungen nach erfolgter Mahnung handelt, wenn er sich beharrlich der Schutzaufsicht entzieht oder wenn sonstwie das Vertrauen, das in den Gefangenen gesetzt wurde, enttäuscht wird. Rückversetzungsgründe, die nicht auf neuer Delinquenz beruhen, sind problematisch. Der Widerruf schliesst eine erneute Aussetzung des Strafrests nicht aus (BGE 115 IV 4 ff.).

Im Fall der Nichtrückversetzung ist die Möglichkeit von Ersatzmassnahmen vorgesehen (Verwarnung, Erlass neuer Weisungen, Verlängerung der Probezeit).

Bewährt sich der Entlassene, ist er nach Ende der Probezeit endgültig entlassen (Art. 38 Ziff. 5 StGB). Bewährt er sich nicht, wird aber der Widerrufgrund nicht bekannt, ist der Vollzug der Reststrafe fünf Jahre nach Ablauf der Probezeit nicht mehr möglich (Art. 38 Ziff. 4 Abs. 6 StGB).

Ein Widerruf erfolgt in 20-25% der Fälle.

IV. ZUR PROBLEMATIK LEBENSLANGER FREIHEITSSTRAFEN¹⁴

Es stellt sich die Frage, ob eine lebenslange Freiheitsstrafe nicht der Menschenwürde widerspricht, weil die Gefahr besteht, dass eine sehr lange Freiheitsstrafe persönlichkeitszerstörend wirkt. Besteht eine Notwendigkeit, jemanden lebenslang zu internieren?

In der Schweiz wird das Problem durch den Umstand gemildert, dass das Gesetz die Möglichkeit der bedingten Entlassung nach 15 Jahren vorsieht (Art. 38 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat 1977 festgehalten, die lebenslange Freiheitsstrafe sei mit dem Grundgesetz (der deutschen Verfassung) vereinbar, aber auch bei lebenslänglichen Freiheitsstrafen müsste jemand die Chance haben, wieder einmal der Freiheit teilhaftig zu werden. Deshalb musste Deutschland die Gesetzgebung ändern, da lebenslang Verurteilte nur auf dem Begnadigungswege wieder entlassen werden konnten, ein Weg, den das Bundesverfassungsgericht nicht als ausreichend ansah.

Andererseits muss die Möglichkeit der lebenslangen Internierung eines gemeingefährlichen Verbrechers bestehen, sei es mittels der lebenslangen Freiheitsstrafe, sei es mit Hilfe von Massnahmen (vgl. dazu Art. 40, 64 Botschaft 1998).

¹⁴ Vgl. PLESS-BÄCHLER, Die lebenslängliche Freiheitsstrafe in der Schweiz, Diss. Basel 1993.

V. ZUR PROBLEMATIK KURZFRISTIGER FREIHEITSSTRAFEN

A. Allgemeines

Die Statistik zeigt, dass sehr häufig kurze Freiheitsstrafen ausgefällt werden (vgl. Lehrbuch, § 6 N 13 f. und 16 f.).

B. Nachteile der kurzen Freiheitsstrafen

- Der Täter wird aus seiner sozialen Umgebung herausgelöst und in eine von Kriminalität geprägte Umwelt eingepflanzt. Oft ist mit der Internierung eine Verarmung, der Stellenverlust und eine Stigmatisierung verbunden; nach kurzer Zeit steht der Verurteilte aber wieder vor den alten Problemen.
- Kurze Freiheitsstrafen führen zu einer grossen Fluktuation in den Anstalten, was für den Anstaltsbetrieb hinderlich ist.
- Wegen der Kürze der Strafdauer ist eine resozialisierende Einwirkung auf den Täter ausgeschlossen. Kurze Freiheitsstrafen unter 3 Monaten sind Warnstrafen. Das Gesetz geht davon aus, dass eine resozialisierende Einflussnahme erst bei Straftaten ab 3 Monaten möglich ist (vgl. Art. 37, 37bis und 39 StGB).
- Überwiegend wird heute die Meinung vertreten, die Abschreckungskraft kurzer unbedingter Freiheitsstrafen sei nicht grösser als jene anderer Sanktionen. Denn kriminologische Rückfalluntersuchungen haben zur Erkenntnis geführt, dass in einem Mittelfeld der verurteilten Rechtsbrecher die Erfolgchancen auf Resozialisierung gleich gross sind, unabhängig von der Sanktion. In diesem Bereich sind die Sanktionen austauschbar, bzw. ohne Schaden durch Alternativen ersetzbar. Auch andere Sanktionen können einschneidend ausgestaltet werden (z.B. die Geldstrafe oder die Arbeitsleistung). Vgl. dazu Lehrbuch § 5 N 21 und N 26.

C. Alternativen für kurze Freiheitsstrafen

Hauptalternative ist die Geldstrafe. Obwohl diese Alternative nicht ohne Probleme ist, haben Erfahrungen in anderen Ländern gezeigt, dass sie in der Lage ist, in vielen Fällen eine geeignete Ersatzsanktion für kurze Freiheitsstrafen zu sein. Die moderne Kriminalpolitik stützt sich stark auf die Geldstrafe, der sie nicht nur als Sanktion gegenüber der Kleinkriminalität absoluten Vorrang einräumt, sondern auch im Bereich der mittleren Kriminalität den Vorzug gibt.

Soweit nicht die Geldstrafe in Frage kommt, besteht die Tendenz, vermehrt Sanktionen vorzusehen, die eine Beschränkung der Freiheit vorsehen, ohne aber eine eigentliche Freiheitsentziehung durch stationären Aufenthalt in einer Anstalt zu bewirken. Verwiesen sei als Möglichkeit auf die Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung. Das geltende Recht kennt diese Massnahme seit der Revision vom 1.1.1974 für das Jugendstrafrecht (Art. 87 und 95 StGB). Sie kam praktisch durch Zufall im letzten Stadium der Beratungen in den eidgenössischen Räten auf Vorschlag eines Ratsmitglieds ins Gesetz. Die seitherigen Erfahrungen sind positiv, weil auf konstruktive Art Wiedergutmachung erfolgen kann. Seitens verurteilter Jugendlicher wird sie als

sinnvoll akzeptiert. Angesichts der Brückenfunktion eines Jugendstrafrechts in der modernen Entwicklung des allgemeinen Strafrechts kann man sich durchaus eine Überführung ins Erwachsenenstrafrecht vorstellen. Erfahrungen liefert uns auch u.a. England, wo seit 1972 die Möglichkeit des "community service" besteht. In jüngster Zeit haben die Kantone durch eine Änderung von VStGB 3 Art. 3a die Möglichkeit erhalten, kurze Freiheitsstrafen bis zu 3 Monaten in Form Gemeinnütziger Arbeit zu vollziehen, wobei ein Tag Freiheitsstrafe 4 Stunden gemeinnütziger Arbeit entspricht (vgl. Lehrbuch § 2 N 25).

Eine weitere Alternative wäre auch das Fahrverbot als Hauptstrafe.

Ersatz für einen stationären Freiheitsentzug sind selbstverständlich auch die Vollzugsformen des tageweisen Vollzugs und der Halbgefängenschaft.

Des weiteren sollten diversionelle Erledigungsformen stärker gefördert werden. In diesem Bereich besteht noch ein gesetzlicher Regelungsbedarf, auch was die verfahrensrechtliche Absicherung der Wiedergutmachung bzw. des Täter-/Opferausgleichs anbetrifft, wo sich das Fehlen einer gesamtschweizerischen StPO negativ auswirkt.

§ 5 DER BEDINGTE VOLLZUG VON FREIHEITSSTRAFEN (ART. 41 STGB)¹⁵

I. WESEN UND BEDEUTUNG DES BEDINGTEN STRAFVOLLZUGS

Es handelt sich um ein auf die Spezialprävention ausgerichtetes Institut, in Fällen, in denen die Vollstreckung der Strafe entbehrlich erscheint. Es wird ein Schuldspruch gefällt und eine Freiheitsstrafe bestimmt, die Strafe aber zur Bewährung ausgesetzt. Bewährt sich der Verurteilte während der ihm vom Richter gesetzten Probezeit, wird die Strafe nicht vollstreckt.

Es ist umstritten, ob es sich beim bedingten Strafvollzug lediglich um eine Vollzugsmodalität der Freiheitsstrafe handelt oder ob diese Strafe nicht durch die Entwicklung zu einer eigenen Sanktion geworden ist.

Der bedingte Strafvollzug wird sehr häufig gewährt, in rund 75% aller Fälle, bei denen Freiheitsstrafen ausgefällt werden. Pro Jahr werden rund 74'000 Urteile im schweizerischen Zentralstrafregister registriert. Bei mehr als 50 % dieser Verurteilungen werden bedingte Freiheitsstrafen ausgesprochen (konkret bei 38'000 Verurteilungen = 51,8%). Rund 90% der Verurteilten bewähren sich.

Der Vorteil der bedingten Freiheitsstrafe besteht darin, dass sie den kriminalpolitischen Postulaten der Humanität, der Verhältnismässigkeit und dem Gebot der Subsidiarität entspricht und gleichzeitig effizient ist.

In der internationalen Diskussion wird eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren diskutiert. Ein anderer Diskussionspunkt ist die Frage, ob teilbedingte Freiheitsstrafen möglich sein sollten.¹⁶ Die bundesrätliche Botschaft sieht diese Regelung in Art. 43 Abs. 4 vor.

Zur Botschaft 1998 vgl. Art. 42 - 46 . Da heute der bedingte Strafvollzug nur für Freiheitsstrafen bis zu 18 Monaten möglich ist, hat die Expertenkommission vorgeschlagen, auch noch die nächst höhere Kategorie (d.h. Freiheitsstrafen zwischen 18 und 36 Monaten) einzubeziehen. In diese Kategorie fallen lediglich etwa 550 Verurteilungen pro Jahr, wobei schätzungsweise in einem Drittel dieser Fälle wegen ungünstiger Prognose weiterhin eine unbedingte Strafe verhängt werden müsste. Nachdem man mit den rund 35'000 bedingten Freiheitsstrafen, die jährlich ausgesprochen werden,

¹⁵ REHBERG 92-109; SCHULTZ 95-122; STRATENWERTH 105-174; CARRUZZO, La limite supérieure du sursis, ZStrR 2000, 67 ff.; SCHWENTER, Cinquante ans de sursis: et demain? in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, FS zum 50jährigen Bestehen der SKG, Sonderband 110 ZStrR, Bern 1992, 284-294; WIPRÄCHTIGER, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug - eine Herausforderung für die Strafbehörden, ZStrR 1996, 422 ff.

¹⁶ Vgl. dazu ZILTENER, Bedingter Strafvollzug für einen Teil der ausgefallten Strafe(n), ZStrR 1995, 56 ff.; KNÜSEL, Die teilbedingte Freiheitsstrafe, Diss. Bern 1994, Schweizerische kriminologische Untersuchung, Bern 1995; KUHN, Le sursis partiel, un moyen de lutter contre les longues peines? ZStrR 1995, 173 ff.; ROCHAT, Le sursis partiel, ZStrR 1994, 427 ff.

unter präventiven Gesichtspunkten gute Erfahrungen gemacht hat, ist die Vermutung naheliegend, dass sich diese Erweiterung ebenfalls nicht nachteilig auswirken würde.

II. VORAUSSETZUNGEN

A. Die formellen Voraussetzungen

1. Die Art und Dauer der neuen Strafe

Der bedingte Strafvollzug ist nur bei Freiheitsstrafen von nicht mehr als 18 Monaten möglich (Art. 41 Ziff. 1 StGB). Seit der zweiten Teilrevision des StGB im Jahre 1971 kann auch bei Zuchthausstrafen von nicht mehr als 18 Monaten Dauer der bedingte Strafvollzug gewährt werden. Massgebend ist die im Urteil ausgesprochene Strafe, bevor eine allfällige Untersuchungshaft angerechnet wird. Der bedingte Strafvollzug ist auch möglich, wenn die Strafe durch Untersuchungshaft bereits getilgt ist (BGE 81 IV 212). Auch Nebenstrafen können bedingt vollzogen werden (z.B. die Landesverweisung: Vgl. BGE 117 IV 3, 112, 118 IV 102), nicht aber Geldstrafen.

In der Praxis wird häufig nicht zuerst die Dauer der Freiheitsstrafe festgelegt und nachher geprüft, ob der bedingte Strafvollzug möglich ist, sondern die Gerichte gehen oft umgekehrt vor und prüfen zuerst, ob sie die Freiheitsstrafe bedingt aussprechen wollen. In einem gewissen Sinne hat das Bundesgericht diese Praxis in BGE 118 IV 337 abgesegnet. Danach ist die Grenze von 18 Monaten für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei der Strafzumessung mitzubersichtigen, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer in Betracht fällt und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im übrigen erfüllt sind.

2. Das Fehlen von Vorstrafen

Als weitere Voraussetzung muss der Betroffene in den letzten fünf Jahren vor der Tat keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verbüsst haben. Allerdings verunmöglichen nur vorsätzlich begangene Verbrechen oder Vergehen den bedingten Strafvollzug, nicht Übertretungen und Fahrlässigkeitsdelikte. Ferner schliesst nur eine in einem Zug *verbüsste* Strafe von mehr als drei Monaten den bedingten Strafvollzug aus (BGE 108 IV 150).

B. Die materiellen Voraussetzungen

1. Günstige Prognose

Der Gesetzgeber will durch den bedingten Strafvollzug dem Verurteilten die Möglichkeit geben, sich aus eigener Anstrengung zu bessern. Aufgabe des Richters ist es, zu prüfen, ob der Verurteilte dazu überhaupt in der Lage ist. Vorleben und Charakter sind Anhaltspunkte, auf die der Richter u.a. seine Prognose stützt. Der bedingte Strafvollzug kann auch bei einem Abwesenheitsurteil gewährt werden (SJZ 1996, 245 Ziff. 8).

In bezug auf Übertretungen gelten die Art. 102/105 StGB.

Bei Fahren in angetrunkenem Zustand hat das Bundesgericht die Frage des bedingten Strafvollzugs einer generalpräventiv motivierten Sonderregelung unterstellt und in der Regel den bedingten Strafvollzug ausgeschlossen, beziehungsweise nur bei ganz besonders günstigen Gegebenheiten ausnahmsweise zugelassen. Nach der neuesten Praxis sind nun aber auch beim Entscheid über den bedingten Strafvollzug beim Fahren in angetrunkenem Zustand die gleichen Kriterien zugrunde zu legen wie bei anderen Delikten (BGE 118 IV 97).

2. Ersatz des Schadens

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit muss berücksichtigt werden. Vermag der Beschuldigte den Schaden bis zum Urteil aus einsichtigen Gründen nicht zu ersetzen, so kann der Richter den bedingten Strafvollzug doch gewähren, dem Beschuldigten aber die Weisung erteilen, dies innerhalb einer bestimmten Frist nachzuholen. Die praktische Bedeutung dieser Bedingung ist gering.

C. Der Ermessensspielraum des Richters

Art. 41 StGB ist eine Kann-Vorschrift. Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, dass dann, wenn der Richter nach Prüfung aller gesetzlichen Voraussetzungen zur Auffassung gelangt, der Beschuldigte werde in Zukunft nicht mehr gegen das Gesetz verstossen, der bedingte Strafvollzug gewährt werden *muss*.

III. BESONDERE ANORDNUNGEN

A. Probezeit

Es handelt sich um eine obligatorische Bedingung. Die Probezeit dauert 2-5 Jahre. Innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens entscheidet der Richter nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei hat er insbesondere Persönlichkeit und Charakter des Verurteilten sowie die Gefahr seiner Rückfälligkeit zu berücksichtigen (BGE 95 IV 122).

B. Schutzaufsicht

Es handelt sich um eine fakultative Bedingung.

C. Weisungen

Auch hier handelt es sich um eine fakultative Bedingung. Weisungen z.B. über Berufsausübung, ärztliche Betreuung, Verzicht auf alkoholische Getränke und Schadensdeckung sowie die Schutzaufsicht sollten dem Täter helfen, sich zu bessern. Die günstige Wirkung von Weisungen darf bei der Prognose berücksichtigt werden (BGE 99 IV 68). Der Richter kann die Weisungen nachträglich ändern. Wenn im Urteil aber keine Weisungen enthalten sind, darf er auch nachträglich keine verfügen.

Im Urteilsdispositiv sind der Entscheid für oder gegen den bedingten Strafvollzug und die Weisungen sowie die Dauer der Probezeit festzuhalten. In der Urteilsbe-

gründung müssen die Faktoren, die zum Entscheid für oder gegen den bedingten Strafvollzug geführt haben, dargelegt werden.

IV. DIE NICHTBEWÄHRUNG UND IHRE FOLGEN

A. Widerruf des bedingten Strafvollzugs

1. Widerrufsgründe

Der wichtigste Widerrufsgrund ist die *Straffälligkeit während der Probezeit*. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, lässt der Richter die Strafe vollziehen. Demnach genügen auch Fahrlässigkeitsdelikte. Der Vollzug darf aber erst angeordnet werden, wenn der Verurteilte wegen eines neuen Urteils verurteilt ist.

Ein weiterer Widerrufsgrund ist die *Nichtbefolgung von Weisungen*. Die Missachtung muss schuldhaft erfolgen und der Verurteilte vom Richter förmlich gemahnt worden sein. Von dieser Möglichkeit sollte nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden (BGE 118 IV 330).

Ein dritter Widerrufsgrund ist der Umstand, dass sich der Verurteilte der *Schutzaufsicht entzieht*.

Ein vierter Widerrufsgrund liegt in der *Täuschung des Vertrauens*. Dazu zählt jedes Verhalten, in dessen Voraussicht der Strafvollzug nicht aufgehoben worden wäre (BGE 90 IV 178).

2. Zuständigkeit

Gemäss Art. 41 Ziff. 3 Abs. 3 StGB entscheidet bei Verbrechen oder Vergehen während der Probezeit der dafür zuständige Richter auch über den Vollzug der bedingt aufgeschobenen Strafe oder deren Ersatz durch die vorgesehenen Massnahmen. Bei Übertretungen während der Probezeit ist der Richter zuständig, der den bedingten Strafvollzug angeordnet hat.

3. Befristung

Sind fünf Jahre seit Ablauf der Probezeit vergangen, so kann der Vollzug der aufgeschobenen Strafe nicht mehr angeordnet werden.

B. Ausschluss des Widerrufs

Gemäss Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB kann in leichten Fällen vom Widerruf abgesehen werden, wenn begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dann muss eine Ersatzmassnahme ergriffen werden (Verwarnung, Anordnung der Schutzaufsicht, Weisungen oder Verlängerung der Probezeit um höchstens die Hälfte der ursprünglich angeordneten Dauer). Die Praxis stellt bezüglich des leichten Falles meist darauf ab, ob die neue Strafe mehr als 3 Monate beträgt oder nicht (vgl. SJZ 1996, 130 Ziff. 12). Dies ist allerdings nicht wie in Art. 38 StGB eine zwingende Regel. Gemäss BGE 117

IV 97 ist ein leichter Fall in der Regel bei Freiheitsstrafen bis zu 3 Monaten anzunehmen; Ausnahmen sind möglich bei besonderen (objektiven oder subjektiven) Umständen, die nicht bereits für den Schuldspruch oder die Bemessung der Strafe bestimmend waren.

C. Auswirkungen der Rückfallstrafe

Wenn der Richter erwägt, wegen Vorliegens eines leichten Falles auf den Widerruf eines bedingten Strafvollzuges zu verzichten, so hat er den möglichen Warneffekt einer neuen, unbedingt ausgesprochenen Strafe in Betracht zu ziehen. Deshalb ist ein "Splitting" möglich (unbedingte Freiheitsstrafe für die Rückfalltat, Verzicht auf den Widerruf der Strafe für die ursprüngliche Tat). Vgl. BGE 107 IV 93, 116 IV 99 f. und 178. Umgekehrt ist es möglich, wenn kein leichter Fall vorliegt, den Widerruf auszusprechen und bei der Rückfalltat den bedingten Strafvollzug mit der Begründung zu gewähren, der Vollzug der widerrufenen Strafe werde den Rückfalltäter veranlassen, von weiteren Delikten abzusehen.

V. DIE BEWÄHRUNG UND IHRE FOLGEN

Bewährt sich der Verurteilte, wird die Freiheitsstrafe nicht vollstreckt. Nach Ablauf der Probezeit ist ferner eine Löschung im Strafregister vorgesehen.

§ 6 DIE BUSSE (ART. 48-50 STGB)¹⁷

I. BEGRIFF

A. Begriff

Die Busse ist eine Geldstrafe. Sie auferlegt dem Betroffenen die öffentlich-rechtliche Pflicht, eine bestimmte Geldsumme an den Staat zu entrichten.

B. Wesen

Die Geldstrafe richtet sich gegen ein Gut, das ausserhalb der Natur des Menschen steht, gegen eine vertretbare Sache, die nicht alle Menschen in gleicher Weise besitzen (dies im Unterschied zur persönlichen Freiheit). Ziel ist ein Konsumverzicht oder eine "Lebensstandardbeschränkung"; dies soll das Strafleiden der Geldstrafe ausmachen. Es ist der materialistische Egoismus der Menschen, der den Verlust von Geld als hart und fühlbar empfinden lässt.

Die Busse ist die am häufigsten verhängte Sanktion des Rechtsfolgensystems. Kriminalpolitisch will man mit der Busse die leichte und in Zukunft vermehrt auch die mittlere Kriminalität abdecken.

Die Busse als persönliche Strafe ist unvererblich.

C. Bedeutung

Pro Jahr (1994) wird in der Schweiz - stützt man sich auf die im Zentralstrafregister registrierten Straftaten ab - von rund 74'000 Verurteilungen in 22'000 Fällen eine Busse verhängt. Der Anteil beträgt rund 30% gegenüber den rund 68% Freiheitsstrafen. In Tat und Wahrheit werden aber sehr viel mehr Bussen als Freiheitsstrafen verhängt. Dies kommt in der erwähnten Statistik nicht zum Ausdruck, weil Bussen für Übertretungen im Zentralstrafregister nur in besonderen Fällen registriert werden. Dies dürfte mehrere hunderttausend Übertretungsbussen betreffen. Die Verordnung über das Strafregister vom 21. Dezember 1973 wurde per 1. Januar 1992 einer Teilrevision unterzogen. Danach ist vorgesehen, dass bei Übertretungen nach Bundesrecht, von ganz besonderen Ausnahmen abgesehen, nur noch Haftstrafen im Zentralstrafregister eingetragen werden (Art. 9 Ziff. 2 dieser Verordnung). Verwiesen sei im übrigen auf den Aufsatz von J. Giger, Das neue Strafregisterrecht, ZStrR 1993, S. 197 ff.

Eine grosse Bedeutung hat die Busse im Nebenstrafrecht, namentlich im Strassenverkehrsgesetz.

¹⁷ REHBERG 110-116; SCHULTZ 122-127; STRATENWERTH 23 f., 175-195; KUHN, La peine pécuniaire, ZStrR 1997, 147 ff.

II. VERHÄNGUNGSPRAXIS UND STRAFRAHMEN

A. Allgemeines

Es gibt Normen, die ausschliesslich Bussen vorsehen und Normen die Busse in Verbindung mit Freiheitsstrafen androhen, sei es alternativ (vgl. z.B. Art. 117 StGB) oder kumulativ (vgl. Art. 229 StGB).

B. Zur Bemessung

Der obere Strafrahmen beträgt bei Übertretungen Fr. 5000.- (Art. 106 StGB), bei Verbrechen und Vergehen Fr. 40'000.- (vgl. Art. 48 Ziff. 1 StGB). In Fällen der Gewinnsucht (hemmungsloses, besonders ausgeprägtes, zur Sucht gewordenenes Streben nach Gewinn) oder wo das Gesetz es vorschreibt kann ein höherer Betrag als Busse ausgesprochen werden (vgl. Art. 48 und 106 StGB). Ein Minimalrahmen ist nicht vorgesehen.

Die Strafzumessung erfolgt nach dem gleichen Prinzip wie die Bemessung der Freiheitsstrafe i.S. von Art. 63 StGB. Primär ist das Verschulden massgebend, daneben sind die persönlichen Verhältnisse zu würdigen, im Fall der Bussen namentlich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Diese ergibt sich sinngemäss aus Art. 48 Ziff. 2 StGB. Zur Strafzumessung beim haushaltführenden Ehegatten vgl. BGE 116 IV 4.

Ein Sonderfall sind Bussen, die gemäss Bundesgesetz über Ordnungsbussen im Strassenverkehr vom 24.6.1970 (OBG) verhängt werden können, weil in diesem Gesetz Bussentartef vorgesehen sind. Diese wurden im Jahr 1996 massiv erhöht (verdoppelt oder gar verdreifacht). Vgl. das nachstehende Schema:

Die neue Bussenordnung

<u>Automobilisten</u>	<u>Alter Tarif</u>	<u>Neuer Tarif</u>
Nichttragen der Sicherheitsgurte	20.-	60.-
Nichtmitführen der Fahrzeugpapiere	10.-	20.-
Überschreiten der Parkzeit		
um 2 Stunden	20.-	40.-
um 4 Stunden	30.-	60.-
um 4-10 Stunden	Verzeigung	100.- + Verzeigung
Parkieren auf dem Trottoir	40.-	120.-
Nichtbeachten von Lichtsignalen	80.-	250.-

Tempoüberschreitung

Innerorts		
1-5 km/h	20.-	40.-
6-10 km/h	40.-	100.-
11-15 km/h	100.-	250.-
Ausserorts		
1-5 km/h	20.-	40.-
6-10 km/h	40.-	100.-
11-15 km/h	100.-	160.-
mehr als 15 km/h	Verzeigung	240.-

Autobahnen		
1-5 km/h	20.-	20.-
6-10 km/h	40.-	60.-
11-15 km/h	100.-	120.-
16-20 km/h	Verzeigung	180.-
21-25 km/h	Verzeigung	260.-
Motorradfahrer		
Nichttragen des Helms	20.-	60.-
Fahren auf dem Trottoir	---	100.-
Fussgänger		
Nichtbenutzen der Fussgängerüberführung	5.-	10.-
Nichtbeachten von Lichtsignalen	5.-	20.-

III. VOLLSTRECKUNG DES BUSSENURTEILS

Gemäss Art. 49 Ziff. 1-3 StGB wird eine *Zahlungsfrist* von einem bis zu drei Monaten gesetzt. *Teilzahlungen* sind möglich (in BGE 126 IV 95 wurde allerdings die eigenmächtige Bezahlung einer Ordnungsbusse von Fr. 120.-- mit insgesamt 107 gebührenpflichtigen Einzahlungsscheinen als unzulässig angesehen). Möglich ist auch ein *Abarbeiten der Busse*. Für diesen Ersatzvollzug sind nicht in jedem Kanton die Infrastrukturen vorhanden. Geschieht nichts, erfolgt eine *Betreibung*. Bleibt sie erfolglos, ist die *Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe* bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse vorgesehen. Die vorgängige Einleitung der Zwangsvollstreckung ist nicht erforderlich (BGE 124 IV 205). Fr. 30.- werden in einen Tag Haft umgewandelt. Die Höchstdauer der Ersatzfreiheitsstrafe beträgt 3 Monate. Bei der Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe wäre der bedingte Strafvollzug möglich. Er wird jedoch nicht gewährt, wenn der Verurteilte zur Zahlung der Busse in der Lage wäre (BGE 124 IV 210). Der Richter kann den *Ausschluss der Umwandlung* schon im Urteil oder später anordnen, wenn der Verurteilte schuldlos ausserstande ist, die Busse zu bezahlen (vgl. BGE 125 IV 231 zur Zumutbarkeit der Begleichung einer Busse aus dem Pekulium eines Strafgefangenen). Der Vollzug entfällt insoweit, als der Betreffende nach der Umwandlung *nachträglich* den Bussenbetrag noch *bezahlt* (BGE 105 IV 16).

Ein Sonderfall ist die *bedingte Löscharkeit* der Busse gemäss Art. 49 Ziff. 4 StGB, welche an die gleichen Voraussetzungen wie der bedingte Strafvollzug gebunden ist. Es handelt sich aber nicht um den bedingten Strafvollzug, der bei der Busse nicht möglich ist, sondern um die bedingte Löscharkeit der Busse im Zentralstrafregister (vgl. Strafregisterrecht).

Gemäss Art. 381 StGB fallen die Bussen an den Urteilskanton. In bestimmten Fällen kann der Geschädigt gemäss Art. 60 StGB beantragen, dass die Busse zur Schadensdeckung verwendet wird.

IV. ERSATZFREIHEITSSTRAFE

Die wesentlichen Aspekte wurden bereits unter III aufgeführt. Letztlich besteht ein Kaskadensystem, wonach die Ersatzfreiheitsstrafe erst in letzter Linie eintritt. Es kommt selten zu dieser Umwandlung, ausser in Kontumacialfällen.

V. VERBINDUNG VON FREIHEITSSTRAFE UND BUSSE

Verwiesen sei auf die Regeln von Art. 50 und Art. 172^{bis} StGB (vgl. auch BGE 116 IV 6). Eine Verbindung von Freiheitsstrafe und Busse ist dann üblich, wenn befürchtet wird, eine bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe vermöge den Verurteilten nicht genügend zu beeindrucken. Im Fall der zusätzlichen Verurteilung zu einer Geldstrafe müsste die Freiheitsstrafe entsprechend gekürzt werden, damit nicht eine Doppelbestrafung entsteht. Massgebend muss diesfalls die Schuldangemessenheit der ausgefallten Strafenkombination sein.

VI. DIE VERSCHIEDENEN BUSSENSYSTEME

In der Schweiz herrscht das sog. *Gesamtbussensystem* vor, d.h. bei der Festsetzung des Bussenbetrages berücksichtigt der Richter Verschulden und persönliche Verhältnisse, namentlich die wirtschaftlichen Gegebenheiten. In zahlreichen Staaten ist man dazu übergegangen, das sog. *Tagesbussen- oder Tagessatzsystem* einzuführen, das eine grössere Transparenz ermöglicht. In einer ersten Phase wird eine Zahl von Tagessätzen nach dem Verschulden festgelegt. In einer zweiten Phase wird der einzelne Tagessatz nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestimmt. Dieses System ist transparenter als das Gesamtsummensystem. Es ist auch gerechter in Bezug auf die Ersatzfreiheitsstrafe, weil sich diese nach der Zahl der Tagessätze und nicht nach der Tagessatzhöhe richtet. Die Progression bei wirtschaftlich stärkeren Tätern wirkt sich einschneidender aus als beim Gesamtbussensystem. Das Tagessatzsystem ist auch geeigneter im Einsatz gegen schwerere Delikte.

Zur Revision vgl. Botschaft Art. 34-36 und 106.

§ 7 DAS STRAFENSYSTEM GEMÄSS BOTSCHAFT 1998¹⁸

Vergleiche die mündlichen Ausführungen in der Vorlesung sowie zum VE 1993 [Lehrbuch, Anhang II](#), namentlich die Art. 29 bis 48 VE, ferner vorne § 1 VII.

¹⁸ DELNON, Totalrevision oder Teilrevisionen? ZStrR 1994, 376 ff.; GAUTHIER, Les nouvelles peines et la politique criminelle de Carl Stooss, ZStrR 1994, 380 ff.; HÄRRI, Alternative Sanktionen im Strassenverkehrsrecht, SJZ 1997, 77 ff.; KUHN, Les effets possibles de la révision du droit suisse des sanctions, ZStrR 1999, 290; KUNZ, Zur Neugestaltung der Sanktionen des schweizerischen Erwachsenenstrafrechts, ZStrR 1999, 234; MAURER, Die neuen Strafen, ZStrR 1994, 388 ff.; Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, Vernehmlassung zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, ZStrR 1994, 354 ff.; MAZZUCHELLI, Il tempo per punire, Elementi criminologici e sociopolitici per una riforma delle pene e delle misure privative di libertà di lunga durata, Diss. Bern 1999; RIKLIN, Die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG) und die Strafrechtsreform - Ein kritischer Kommentar, ZStrR 1994, 432 ff.; RIKLIN, Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZStrR 1999, 255; STRATENWERTH, Gesellschaftliche Sicherheit und Strafrechtsreform, Plädoyer 1994, 24 ff; STRATENWERTH, Die freiheitsentziehenden Massnahmen im bundesrätlichen Entwurf für die Revision des allgemeinen Teils des StGB, ZStrR 1999, 277.

§ 8 DIE NEBENSTRAFEN¹⁹

I. ALLGEMEINES

Nebenstrafen können nur zusätzlich zu einer Hauptstrafe verhängt werden. Es geht dabei um den strafweisen Entzug von Rechten und Fähigkeiten (vgl. z.B. Art. 51 StGB), bei einzelnen Nebenstrafen auch um Beschränkungen der Freiheit (so beim Landesverweis und beim Wirtshausverbot).

Allgemein ist der bedingte Strafvollzug bei Nebenstrafen möglich, unabhängig vom bedingten Strafvollzug der Haupttat (vgl. Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 und 4 StGB).

Gemeinhin kann man sagen, dass Nebenstrafen oft einen massnahmeähnlichen Charakter haben.

Ausser in Art. 53 StGB sind die Nebenstrafen zeitlich begrenzt. Ihre Wirkung beginnt ab Rechtskraft des Urteils, wobei bei der Berechnung der Dauer je nach Konstellation darauf abgestellt wird, ob die Hauptstrafe verbüsst oder erlassen wurde oder jemand bedingt entlassen wurde (vgl. Art. 51 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Die Bestimmungen über Nebenstrafen haben auch einen Bezug zur Rehabilitation (Art. 77 - 79 StGB, vgl. § 13). Bei der Rehabilitation geht es um eine vorzeitige Wiedereinsetzung in den früheren Rechtszustand.

Abgesehen von der Landesverweisung ist die Bedeutung der Nebenstrafen sehr gering.

Nebenstrafen sind auch bei Übertretungen möglich (vgl. allerdings Art. 104 Abs. 2 StGB).

In der Botschaft 1998 gibt es noch das Berufsverbot (Art. 67), welches allerdings zu den Massnahmen gezählt wird.

II. AMTSUNFÄHIGKEIT (ART. 51 STGB)

Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

- Im ersten Fall handelt der Täter als Behördenmitglied / Beamter. Er begeht ein Verbrechen oder Vergehen (wobei nicht nur Delikte gegen die Amtspflichten anvisiert sind). Er erweist sich durch das Delikt des in ihn gesetzten Vertrauens unwürdig. Die Strafe wird durch den Richter für 2-10 Jahre angeordnet. In dieser Zeit ist er unfähig, Mitglied einer Behörde oder Beamter zu sein. Diese Folge ist zwingend ("ist").

¹⁹ REHBERG 125-134; SCHULTZ 29 f., 128-132; STRATENWERTH 26 ff., 196-215

- Im zweiten Fall begeht der Täter, der nicht Behördenmitglied oder Beamter ist, ein Delikt, das zu einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe führt (z.B. sexuelle Handlungen mit Kindern). Auch hier rechtfertigt er das in ihn gesetzte Vertrauen nicht. Die Dauer beträgt ebenfalls 2-10 Jahre. Folge ist die fehlende Wählbarkeit als Behördenmitglied oder Beamter. In diesen Fällen ist die Amtsunfähigkeitsklärung *fakultativ*.
- Der dritte Fall betrifft den Gewohnheitsverbrecher gemäss Art. 42 StGB, wo für 10 Jahre die Amtsunfähigkeit ausgesprochen werden muss.

Der bedingte Strafvollzug ist wie erwähnt möglich.

Die Berechnung der Frist beginnt ab Verbüsung bzw. ab Erlass (bei der Begnadigung, der Busse und beim bedingten Strafvollzug), ab der bedingten Entlassung bzw. ab der endgültigen Entlassung (bei der Verwahrung).

III. ENTZIEHUNG DER ELTERLICHEN GEWALT UND DER VORMUNDSCHAFT (ART. 53 STGB)

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Jemand begeht ein Verbrechen oder Vergehen und verletzt dabei die elterliche Pflichten oder die Pflichten als Vormund oder Beistand. Er wird zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. In diesem Fall wird die elterliche Gewalt bzw. die Fähigkeit, Vormund oder Beistand zu sein, entzogen oder er wird diesbezüglich als unfähig erklärt. Hier ist keine Dauer vorgesehen.
- Der andere Fall bezieht sich auf andere Konstellationen. Das Urteil muss der Vormundschaftsbehörde mitgeteilt werden.

Es geht um eine Kann-Vorschrift. Zuständig ist der Richter. Es handelt sich eigentlich um eine sichernde Massnahme. Die Strafe wird auf unbestimmte Zeit verhängt.

IV. BERUFS- UND GEWERBEVERBOT (ART. 54 STGB)

Auch hier ist ein Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt. Der Täter handelt in Ausübung eines Berufes oder Gewerbes oder eines Handelsgeschäftes, wobei eine behördliche Bewilligung für diese Tätigkeiten vorausgesetzt ist. In allen andern Fällen ist ein Berufs- und Gewerbeverbot nicht möglich. Diesbezüglich kann man höchstens über den bedingten Strafvollzug in Form von Weisungen ein "Berufsverbot" auferlegen. Das Berufs- und Gewerbeverbot kommt nur in Frage, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten ausgefällt wird und die Gefahr des weiteren Missbrauchs besteht. Die Dauer des Berufsverbots beträgt 6 Monate bis 5 Jahre. Die Wirksamkeit beginnt ab dem Urteil. Die Berechnung der Dauer beginnt ab Verbüsung bzw. bedingter Entlassung. Vgl. ferner den Sonderfall des Art. 54 Abs. 2 StGB.

Die Anordnung des Berufs- und Gewerbeverbots ist fakultativ.

Es ist auch bei Übertretungen möglich (Art. 104 Abs. 2 StGB).

Es handelt sich eigentlich um eine sichernde Massnahme.

V. LANDESVERWEISUNG (ART. 55 STGB)²⁰

Es ist eine Nebenstrafe, die nur Ausländer betreffen kann. Vorausgesetzt ist, dass der Täter zu einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe verurteilt wird. Die Landesverweisung erfolgt für eine Zeit von 3-15 Jahren. Im Rückfall kann sie lebenslänglich ausgesprochen werden. Der bedingte Strafvollzug ist möglich (BGE 117 IV 3). Bei der bedingten Entlassung ist eine *nachträgliche* Gewährung des probeweisen Aufschubes einer im Strafurteil unbedingt angeordneten Landesverweisung möglich (Art. 55 Abs. 2 StGB; vgl. dazu BGE 116 IV 285, 117 IV 4, 122 IV 56).

Der Fristenlauf beginnt ab dem Tag des Verlassens der Schweiz bzw. ab Rechtskraft des Urteils beim bedingten Vollzug.

Auch bei Übertretungen ist der Landesverweis möglich (Art. 104 Abs. 2 StGB).

Die Landesverweisung ist im Ergebnis Nebenstrafe und sichernde Massnahme zugleich. Man will Delikte in der Schweiz verhüten (BGE 117 IV 229). Obwohl teilweise der Massnahmekarakter vorherrscht, wird der Landesverweis nach Massgabe von Art. 63 StGB festgelegt (BGE 123 IV 107). Zu unterscheiden ist der Landesverweis von der administrativen (fremdenpolizeilichen) Ausweisung. Diese Doppelspurigkeit führt zu zahlreichen Konflikten.²¹

Zur Kasuistik: Bei der Verhängung dieser Sanktion besteht ein gewisser Ermessensspielraum, in den das Bundesgericht nur bei Ermessensüberschreitung eingreift (BGE 123 IV 107). Besondere Zurückhaltung ist geboten, wenn der Ausländer lange in der Schweiz lebte und zu der eigenen Heimat kaum mehr Beziehungen hat (BGE 104 IV 224). Heirat mit einer Schweizerin hindert die Landesverweisung nicht. Vgl. ferner BGE 119 IV 195, 118 IV 221, 117 IV 3, 229.

Gegenüber Flüchtlingen ist Art. 55 StGB im Lichte der asylrechtlichen Ausweisungsbeschränkungen gemäss Art. 44 Abs. 1 Asylgesetz auszulegen und anzuwenden (BGE 116 IV 109 ff., 123 IV 107 ff.). Der Vollstreckung eines rechtskräftigen Landesverweisung kann ferner das Non-Refoulement-Prinzip (Art. 45 Abs. 1 Asylgesetz) entgegenstehen (vgl. dazu BGE 118 IV 221).

VI. WIRTSCHAUSVERBOT (ART. 56 STGB)

Vorausgesetzt ist ein Verbrechen oder ein Vergehen. Anvisiert sind Täter, deren Tat mit übermässigem Genuss von geistigen Getränken zusammenhängt. Das Verbot

²⁰ ERNST, Die Landesverweisung, Diss. Basel 1998.

²¹ Vgl. dazu ZÜND, Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, in: ZBJV 1993, 73 ff.; WIPRÄCHTIGER, Kriminalitätsexport? a) durch strafrechtliche Landesverweisung, b) durch fremdenpolizeiliche Aus- und Wegweisung, in: Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Chur/Zürich 1993, 399 ff.

wird für eine Dauer von 6 Monaten bis 2 Jahren ausgesprochen. Der Betroffene darf Gaststätten nicht besuchen, bei denen Alkoholausschank besteht. Die Wirksamkeit beginnt ab Urteil bzw. Verbüssung bzw. ab bedingter Entlassung.

Es ist eine eigentliche sichernde Massnahme zur Bekämpfung der Kriminalität.

Das Wirtshausverbot wird durch Veröffentlichung im Amtsblatt publik gemacht. Es ist auch bei Übertretungen möglich (Art. 102 StGB).

Allerdings hat das Wirtshausverbot keine praktische Bedeutung mehr, da es nicht kontrollierbar ist. Durch die Veröffentlichung im Amtsblatt wird ihm zudem eine sozial schädliche Anprangerung nachgesagt.

§ 9 DIE STRAFZUMESSUNG²²

I. STRAFZUMESSUNG BEI FREIHEITSSTRAFEN

A. Die allgemeine Regel des Art. 63 StGB

Das StGB und das Nebenstrafrecht knüpft an jeden Tatbestand eine Strafdrohung. Es besteht ein Strafrahmen, der *ordentliche Strafrahmen*, wobei der Richter innerhalb dieses Strafrahmens die Strafen festzulegen hat. Im schweizerischen Recht sind die Strafrahmen in der Regel sehr weit. Der Strafrahmen richtet sich nach dem objektiven Unrechtsgehalt der Tat. Bei Freiheitsstrafen beträgt der ordentliche Strafrahmen im Fall von Zuchthaus 1-20 Jahre, im Fall von Gefängnis 3 Tage bis 3 Jahre, im Fall von Haft ein Tag bis 3 Monate. Vorbehalten bleiben Abweichungen im Besonderen Teil und im Nebenstrafrecht.

Gemäss Art. 63 StGB erfolgt bei Freiheitsstrafen die Strafzumessung grundsätzlich nach dem *Verschulden* (innerhalb des ordentlichen Strafrahmens). Die Schuld ist das Mass der Strafzumessung, nicht (unmittelbar) die Schwere der Tat. Massgebend ist die Tatschuld. Schuld bedeutet in diesem Zusammenhang *Vorwerfbarkeit*. Es geht um das Ausmass der Vorwerfbarkeit, die Schwere des Vorwurfs, das Mass an Entscheidungsfreiheit, welches dem Täter zukam. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Strafe in der Regel dann von der Allgemeinheit (und allenfalls auch vom Täter) als verdient und angemessen empfunden wird, wenn Schuldgrad und Strafgrösse korrespondieren. Gleichzeitig setzt der Schuldausgleich der staatlichen Eingriffsgewalt eine Schranke (vgl. Lehrbuch § 5 N 45). Zu berücksichtigen sind sämtliche subjektive Faktoren, welche die Vorwerfbarkeit beeinflussen. Es kommt u.a. auf die *Motive* an (Rache, Habgier, ausgeprägte Schädigungsabsicht), das *Vorgehen* (raffiniert, hemmungslos, kriminelle Energie), *Wissen und Willen* (Vorsatz, Eventualvorsatz, grobe oder leichte Fahrlässigkeit).

²² REHBERG 60-91; SCHULTZ 72-95; STRATENWERTH 216-278; ALBRECHT, Ein Strafzumessungsmodell für die Drogenjustiz?, AJP 1996, 369 f.; ALBRECHT, Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten, ZStrR 1998, 418 ff.; ARZT, Strafzumessung - Revolution in der Sackgasse, recht 1994, 141 ff. und 234 ff.; CORBOZ, La motivation de la peine, ZBJV 1995, 1 ff.; FREI/RANZONI, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 1995, 1439 ff.; HANSJAKOB, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen - eine Umfrage der KSBS, ZStrR 1997, 233 ff.; HÄRRI, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 1998, 212 ff.; LINIGER, Le contrôle de la fixation de la peine dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in: La Semaine judiciaire 1996, 565 ff.; NEUMANN, Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts ('Punktestrafe', 'Spielraumtheorie', 'Normalfall'), in: FS für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin 1992, 435 ff.; QUELOZ, Commentaire de la jurisprudence au Tribunal fédéral en matière de fixation et motivation de la peine, ZStrR 1998, 136 ff.; ROXIN, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Lebendiges Strafrecht, FS zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, Bern 1977, 463-481; WIPRÄCHTIGER, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug - eine Herausforderung für die Strafbehörden, ZStrR 1996, 422 ff. Vgl. ferner Einführungsskript, Schema VI.

Die *objektive Schwere* der Tat (der Grad der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes) hat nur indirekten Einfluss. Je schwerer die Tat ist, desto höher ist auch die Vorwerfbarkeit zu gewichten. Es besteht keine Erfolgshaftung. Verschuldensrelevant ist das Ausmass der gewollten Beeinträchtigung von Rechtsgütern (vgl. etwa zum Reinheitsgrad gehandelter Betäubungsmittel BGE 122 IV 299).

Gemäss Art. 63 StGB sind auch die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen.

- Die Beweggründe sind bereits angesprochen worden.
- Beim Vorleben kommt es u.a. auf Erziehung, Ausbildung, Beruf und Vorstrafen an, soweit diese Gegebenheiten Einfluss auf das Verschulden haben.
- Bei den persönlichen Verhältnissen sind u.a. Problemsituationen, eine persönliche Bedrängnis etc. zu berücksichtigen.

Nebst diesen im Gesetz genannten Täterkomponenten ist bei der Strafzumessung auch das Verhalten des Täters in der Strafuntersuchung mitzubersichtigen (Geständnis, Kooperationsbereitschaft); vgl. BGE 121 IV 203.

Die Frage stellt sich, wie weit verschuldensunabhängige Faktoren berücksichtigt werden können. Vorherrschend ist die sog. Spielraumtheorie. Im Rahmen eines bestimmten Spielraums dürfen spezialpräventive Überlegungen (Reue, Einsicht, Leugnen, Strafempfindlichkeit, andere Nachteile des Verfahrens, entsozialisierende Wirkung der Strafe etc.) berücksichtigt werden. Nach überwiegender Meinung sollten generalpräventive Überlegungen nicht berücksichtigt werden (anderer Meinung BGE 92 IV 122, 107 IV 63, 118 IV 342). Die generalpräventive Wirkung soll von der schuldangemessenen Strafe ausgehen. Allfällige staatliche Präventionsbedürfnisse dürfen nicht auf Kosten des Täters, sondern nur nach dem Mass seiner individuellen Schuld verfolgt werden (Roxin).

Die Erhöhung der Strafe eines ausländischen Täters wegen „Verletzung des Gastrechts“ ist nicht zulässig, da dadurch die Ausländereigenschaft allgemein strafferhöhend wirken würde (BGE 125 IV 1).

Der Gefährlichkeit eines Täters darf nicht durch eine das Mass des Verschuldens überschreitende lange Freiheitsstrafe Rechnung getragen werden. Bei geringer Schuld, aber gefährlichem Täter (eine Konstellation, welche etwa bei verminderter Zurechnungsfähigkeit bestehen kann) ist eine sichernde Massnahme (Verwahrung) anzuordnen (BGE 123 IV 1).

Die Frage ist umstritten, wie weit unter spezialpräventiven Gesichtspunkten eine niedrigere Strafe als die schuldangemessene ausgesprochen werden darf.

Der Schuldgrundsatz hat bei der Strafzumessung zwei Funktionen: eine *strafbegründende* (nulla poena sine culpa) und eine *strafbegrenzende* (die Strafe darf das Mass der Schuld nicht überschreiten). Das Schuldprinzip wird wie erwähnt als Schutz vor willkürlicher Strafe angesehen. Nach herrschender Lehre bildet die Schuld auch Untergrenze des Strafmasses. Der Täter soll die nach dem Schuldgrad verdiente Strafe erhalten. Dabei spielt eine Rolle, dass die Rechtsordnung eine Friedensordnung ist und die Strafe auch den Verletzten und die Allgemeinheit berührt. Es besteht nach

einem Delikt ein Strafbedürfnis, welches durch das Strafrecht und die schliesslich verhängte schuldangemessene Strafe befriedigt wird (vgl. dazu auch Lehrbuch § 7 N 27).

Die Umwandlung der Schuld in Strafe ist eine sehr heikle Aufgabe. Die strafmasserhebliche Schuld wird in ein konkretes Strafmass umgewandelt. Auf die Kriterien, die das Gesetz erwähnt, wurde bereits hingewiesen. Der Richter prüft innerhalb des ordentlichen Strafrahmens alle strafmindernden und strafferhöhenden Faktoren. Gelegentlich wird geltend gemacht, der Richter müsse bei der Strafzumessung von einer Normalstrafe ausgehen, die etwa in der Mitte des Strafrahmens liege. Dem ist jedoch die Realität entgegenzuhalten, wonach sich die meisten Strafen im untersten Bereich des Strafrahmens bewegen. Die Ungleichheiten, welche der Grundsatz der Individualisierung nach sich zieht, sind vom Gesetzgeber vorgesehen und stellen nicht an sich einen Ermessensmissbrauch dar (BGE 123 IV 150; Beispiel für eine unhaltbar milde Strafe: BGE 123 IV 49). Es können sich dennoch Probleme mit der Rechtsgleichheit stellen. Es gibt unterschiedlich kantonale Praktiken. Empirische Befunde zeigen, dass regionale wie auch richterbezogene Unterschiede bestehen.

Es besteht ein *Doppelverwertungsgebot*. Strafzumessungsfaktoren, die bereits im Straftatbestand mitgehalten sind (z.B. Skrupellosigkeit bei Mord), können nicht ein zweites Mal bei der Strafzumessung berücksichtigt werden (BGE 118 IV 342).

Gerade angesichts der mit der Revision anvisierten reichhaltigeren Sanktionenpalette ist bedeutsam, dass auch bei der Kombination verschiedener Sanktionen die Strafe insgesamt das Mass des Verschuldens nicht übersteigen darf.

Der Strafzumessungsentscheid ist zu begründen (BGE 118 IV 14, 18, 21, 117 IV 112, 139, 395, 401; 120 IV 136). In BGE 121 IV 49 und 202 hat das Bundesgericht die Anforderungen an die *Strafzumessungsbegründung* insofern erhöht, als neu Art. 63 StGB nicht erst dann verletzt ist, wenn der Richter das ihm zustehende Ermessen überschreitet oder missbraucht, sondern bereits dann, wenn die ausgefallte Strafe aufgrund der Urteilsbegründung nicht plausibel erscheint. Deshalb hat ein Entscheid neu neben den wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten auch die Überlegungen des Richters über deren Gewichtung zu enthalten. Die blosser Auflistung einiger Strafzumessungsfaktoren reicht nicht mehr aus.

B. Strafschärfung (Art. 67 und 68 StGB)

Strafschärfungsgründe bieten u.U. die Möglichkeit, den Strafrahmen zu überschreiten.

1. Bildung und Bemessung von Strafen bei konkurrierenden strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen (Art. 68 StGB)

Bei *Konkurrenz mit Freiheitsstrafen* gilt das *Asperationsprinzip*. Folge ist eine obligatorische Straferhöhung. Im Extremfall ist auch eine Strafschärfung möglich. Der Richter erhöht diesfalls die für die schwerste Tat festgesetzte Strafe. Die schwerste Tat ist diejenige mit der höchsten Strafandrohung (BGE 116 IV 303 f.). Die angedrohte Strafe darf höchstens um die Hälfte überschritten werden. Dabei ist der Richter an das

Höchstmass der betreffenden Strafart gebunden (vgl. dazu auch Lehrbuch § 22 N 9 und N 13).

Zur *retrospektiven Realkonkurrenz* vgl. Art. 68 Ziff. 2 StGB und Lehrbuch § 22 N 27 ff.

Bei *Konkurrenz von Freiheitsstrafen und Bussen* gilt das Kumulationsprinzip (wobei Art. 68 StGB sinngemäss berücksichtigt werden müsste; vgl. Lehrbuch § 22 N 10).

Die *Konkurrenz von Bussen* ist innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (vgl. Art. 68 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

2. Rückfall (Art. 67 StGB)

Beim Rückfall i.S. von Art. 67 StGB handelt es sich um eine strafbare Handlung eines Vorbestraften innert einer gewissen Frist. Voraussetzung ist, dass eine Zuchthaus- oder eine Gefängnisstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme ausgesprochen und die betreffende Sanktion mindestens teilweise verbüsst wurde und dass der Täter eine neue Straftat innert fünf Jahren seit Verlassen der Anstalt begeht sowie erneut zu einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe verurteilt wird.

Folge ist eine obligatorische Straferhöhung, bei besonders schwerem Verschulden ist auch eine Strafschärfung möglich. Die Strafe kann diesfalls bis zum gesetzlichen Höchstmass der vorgesehenen Strafart heraufgesetzt werden.

Art. 67 kommt auch beim ungleichartigen Rückfall zum Zug.

Kritisiert wird die Berechtigung, den Rückfall automatisch als schulderhöhend zu bewerten, wenn der Betreffende im Strafvollzug gewesen ist. Zwar kann man sagen, man sollte diesfalls gewarnt sein. Aber es genügt schon ein teilweiser Vollzug (z.B. wenn jemand innert weniger Tage seit Einweisung in die Strafanstalt flieht, ist die Voraussetzung für den Rückfall gegeben). Ferner kommt Art. 67 StGB auch zur Anwendung, wenn der Vollzug einer Freiheitsstrafe durch Anrechnung der Untersuchungshaft kompensiert wurde (vgl. allerdings BGE 117 IV 119). Auch bei Fahrlässigkeitstaten kommt Art. 67 StGB zum Zug. Ferner ist zu beachten, dass die Bedingungen des Strafvollzugs keineswegs ideal sind.

C. Strafmilderung (Art. 64-66, 107 StGB)

Strafmilderungsgründe bieten die Möglichkeit, bei Vorliegen erleichternder Umstände den Strafrahmen zu unterschreiten.

Zu unterscheiden ist die einfache Strafmilderung und die Milderung nach freiem Ermessen.

1. Einfache Strafmilderung

Die Fälle sind grösstenteils in Art. 64 StGB geregelt, die Folgen in Art. 65 und 107 StGB. In Art. 64 StGB sind z.B. als Strafmilderungsgründe die achtenswerten Beweggründe, schwere Bedrängnis und die ernstliche Versuchung vorgesehen. Weitere Fälle sind in anderen Normen des AT, so die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) und der Versuch (Art. 21, 22 StGB) und des BT (so z.B. Rücktritt des Täters von der Nötigung gemäss Art. 185 Ziff. 4 StGB) geregelt (vgl. dazu BGE 119 IV 222).

Das Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes führt zum einen zu einer obligatorischen Strafminderung und zum andern gemäss Art. 65 zu einer Erweiterung des Strafrahmens nach unten (Herabsetzung auf bestimmte Mindestsätze).

2. Strafmilderung nach freiem Ermessen

Diese Art der Strafmilderung eröffnet dem Richter ausgesprochen weite Strafrahmen, die sich vom Maximum des ordentlichen Strafrahmens bis zu theoretisch einem Rappen Busse erstrecken. Die Fälle sind vereinzelt im Gesetz geregelt (z.B. verminderte Zurechnungsfähigkeit gemäss Art. 11 StGB, untauglicher Versuch gemäss Art. 23 StGB, Notwehrexzess gemäss Art. 33 StGB usw.). Folge ist eine obligatorische Strafminderung, sowie eine Erweiterung des Strafrahmens bis zu den Mindestsätzen der Art. 35, 36 und 39 verbunden mit der Möglichkeit des Wechsels zu einer leichteren Straftat.

3. Absehen von Strafe

Das Absehen von Strafe ist die äusserste Form von Strafmilderung. Sie ist jeweils nur fakultativ vorgesehen. Man erkennt diese Regelung am Wortlaut "... kann der Richter von der Strafe Umgang nehmen." Ist der Richter ermächtigt, von Strafe Umgang zu nehmen, ist in einer solchen Regelung auch die blosser Möglichkeit der Strafmilderung nach freiem Ermessen mitenthalten (BGE 119 IV 280).

Fälle im allgemeinen Teil: Rechtsirrtum in besonders entschuldbaren Fällen (Art. 20 StGB), Rücktritt vom unvollendeten Versuch (Art. 21 Abs. 2 StGB), beim untauglichen Versuch aus Unverstand (Art. 23 Abs. 2 StGB), im Fall schwerer Betroffenheit des Täters durch die unmittelbaren Folgen der Tat (Art. 66bis StGB; BGE 117 IV 245; 121 IV 162). Es erfolgt ein Schuldspruch, aber keine Verhängung einer Sanktion. Durch die Schuldigerklärung wird festgehalten, dass der Angeschuldigte ein tatbestandsmässiges, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten bekundet hatte. Diese Feststellung beschwert ihn und begründet grundsätzlich die Legitimation zu einem Rechtsmittel. Beim Rechtsirrtum drängt sich laut Bundesgericht ein Freispruch auf (BGE 120 IV 316 f.).

D. Anrechnung der Untersuchungshaft (Art. 69 und Art. 110 Ziff. 2 StGB)

Bei der Anrechnung der Untersuchungshaft erklärt der Richter von der ausgefallenen Strafe die in Untersuchungshaft verbrachte Zeit für erstanden. Anrechnungsfähig sind bis zu einem gewissen Anteil auch anstelle der Untersuchungshaft angeordnete Massnahmen, und zwar nach Massgabe der Beeinträchtigung der Freiheit des Betroffenen (BGE 122 IV 51). Auch Ausschaffungshaft kann angerechnet werden, soweit die Ausschaffungshaft faktisch an die Stelle der Untersuchungshaft trat (BGE 124 IV 1).

Unter bestimmten Voraussetzungen ist gemäss Art. 69 StGB der Ausschluss der Anrechnung vorgesehen, so vor allem bei Verhaltensweisen *nach* der Tat, die kausal für die Anordnung bzw. Verlängerung der Haft massgebend sind. Hinzutreten muss, dass der Beschuldigte in vorwerfbarer Weise gehandelt hat. Es bestehen allerdings zahlreiche Probleme. So besteht die Gefahr einer unstatthaften Prozessstrafe gegen

die Erschwerung der Abklärung des Sachverhalts durch den Beschuldigten, obwohl der Beschuldigte nach den strafprozessualen Regeln nicht verpflichtet ist, zur Abklärung des Sachverhalts beizutragen. Deshalb kann das Bestreiten einer Straftat nicht ein Verschulden i.S. von Art. 69 StGB sein. In Frage kommt Art. 69 StGB z.B., wenn der Beschuldigte durch bewusst unwahre Angaben unnötige Abklärungen veranlasst (vgl. BGE 102 IV 113, 103 IV 10 und 105 IV 85, 241). Nach BGE 117 IV 405 ist von der Anrechnung nur noch abzusehen, soweit der Beschuldigte die Untersuchungshaft absichtlich herbeiführte oder verlängerte, um den Strafvollzug zu verkürzen oder ihm zu entgehen.

E. Zur Regelung der Botschaft 1998 (vgl. Art. 47-55 Botschaft und Lehrbuch § 7 N 36)

Strafzumessung bei Bussen

(vgl. Art. 48 Ziff. 2 StGB und vorne § 6 II)

II. STRAFZUMESSUNG UND GEWÄHRUNG DES BEDINGTEN STRAFVOLLZUGES

Die gesetzliche Höchstgrenze für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs ist bei der Strafzumessung insofern zu berücksichtigen, als dass der Richter, wenn er eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich mehr als 18 Monaten in Betracht zieht und die Voraussetzungen von Art. 41 Ziff. 1 StGB im übrigen gegeben sind, sich mit der Frage auseinanderzusetzen hat, ob eine unbedingte Freiheitsstrafe nicht dem Zweck der Verbrechensverhütung zuwiderlaufe (BGE 118 IV 337). Ähnliches gilt in bezug auf die Berücksichtigung der Grenze von 6 Monaten (neu von einem Jahr) für die Halbgefangenschaft (BGE 121 IV 97).

§ 10 ZUR BEHANDLUNG DER LEICHTEN KRIMINALITÄT²³

I. ALLGEMEINES

Unter Bagatellkriminalität fallen Straftaten, die von geringer Bedeutung sind (namentlich Straftaten bei leichtem Tatverschulden und geringem Erfolg). Zur Bagatellkriminalität zählen namentlich auch Straftaten, die vom Gesetzgeber mit geringer Strafe bedroht sind. Es geht um Delikte, die an der Schwelle jener Sozialschädlichkeit liegen, die Strafen erforderlich machen.

Man kann zwischen *selbständigen* und *unselbständigen Bagatelldelikten* unterscheiden. Selbständige Bagatelldelikte sind solche mit niedriger oberer Strafgrenze (namentlich Übertretungen). Unselbständige Bagatelldelikte sind Delikte mit höherer Höchststrafe, aber relativ tiefem Mindeststrafmass (Vergehen, z.T. auch Verbrechen), wenn sie sich in leichter Form ereignen. Solche Delikte kommen häufig im Bereich des Vermögensstrafrechts vor (vgl. z.B. den Ladendiebstahl, der an sich ein Verbrechen ist,²⁴ aber oft in Bagatellform begangen wird).

Bagatelldelikte sind sehr häufig. In Deutschland geht man davon aus, dass ein Drittel aller Straftaten einen Streitwert von unter 100 DM aufweisen. Zum grössten Teil handelt es sich um Diebstähle.

In der Schweiz werden pro Jahr etwa 75'000 Urteile im Zentralstrafregister registriert. Nicht bzw. nur ausnahmsweise registriert werden Übertretungen. Man geht davon aus, dass in diesem nicht registrierten Bereich mehrere hunderttausend Bussen pro Jahr ausgefällt werden, also ein Mehrfaches der in der Urteilsstatistik registrierten Straftaten.

Bagatellkriminalität belastet die Gerichte und bewirkt u.U. einen unverhältnismässigen Aufwand. Es stellt sich einerseits die Frage der Strafwürdigkeit, andererseits aber auch der Justizökonomie. Entsprechend versucht man, der Bagatellkriminalität sowohl mit den Mitteln des Sanktionenrechts als auch auf der Ebene des Verfahrensrechts zu begegnen.

II. BEKÄMPFUNG DER BAGATELLKRIMINALITÄT MIT MITTELN DES SANKTIONENRECHTS

Verwiesen sei auf alle Strafnormen, die *tiefe Sanktionen* für Bagatelldelikte vorsehen (Übertretungen sowie Vergehen und Verbrechen, die neben Freiheitsstrafen auch Bussen als Sanktionen androhen).

²³ Vgl. EDER-RIEDER, Die Bagatellverletzung aus strafrechtlicher Sicht, in: FS für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien 1996, 575 ff.

²⁴ vorbehältlich Art. 172^{ter} StGB.

Verwiesen sei auch auf die *Antragsdelikte*, die z.T. bei Bagatelldelikten vorgesehen sind (z.B. Art. 172ter StGB und Ehrverletzungsdelikte).

Verwiesen sei schliesslich auf die Möglichkeit des *Absehens von Strafe* (Art. 20, 21 Abs. 2, 23 Abs. 2, 173 Abs. 4, 177 StGB), sowie auf den Strafbefreiungsgrund des Art. 66bis StGB. Erwähnt sei ferner Art. 100 Ziff. 1 SVG (wonach in besonders leichten Fällen der Fahrlässigkeit von der Strafe Umgang genommen werden kann).

III. ANDERE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN (ENTKRIMINALISIERUNG, PROZESSUALE LÖSUNGEN)

Für das *Jugendstrafrecht* sei auf Art. 98 StGB verwiesen. Für das Erwachsenenstrafrecht ist de lege ferenda ein Strafbefreiungsgrund wegen des Bagatelldeliktcharakters eines Delikts vorgesehen (vgl. ferner § 60 DStGB betreffend Absehen von Strafe und § 42 ÖStGB betreffend mangelnde Strafwürdigkeit der Tat).

Im *MStG* ist bei bestimmten Delikten in leichten Fällen eine Disziplinierung möglich. Deutschland hat bestimmte Delikte mit geringem Handlungsunwert oder geringem Erfolgsunwert als *Ordnungswidrigkeiten* abgestuft (vgl. *Lehrbuch* § 1 N 23 f.). Diesfalls handelt es sich nicht mehr um kriminelle Tatbestände, sondern um Verwaltungsnormen mit Sanktionen, die auf prozessual einfache Weise verhängt werden können, bei denen keine Umwandlung von Bussen in Freiheitsstrafen vorgesehen ist und ein Eintrag im Strafregister unterbleibt. Ordnungswidrigkeiten wurden geschaffen, um mit dem Strafrecht nur den Kernbereich der Delikte abzudecken. Ein Problem liegt allerdings darin, dass letztlich nur ein quantitativer Unterschied zu kriminellen Taten besteht.

Zu prozessualen Lösungen:

- Schaffung eines limitierten Opportunitätsprinzips (es besteht in verschiedenen kantonalen Strafprozessordnungen, wobei u.a. eine Einstellung der Verfolgung wegen Geringfügigkeit der Tat vorgesehen ist).
- Erhöhte Einzelrichterkompetenz (sie wird zunehmend beliebter).
- Strafbefehlsverfahren

Hier liegt ein Problem darin, dass es noch keine eidgenössische Strafprozessordnung gibt.

Verwirklicht sind auch Lösungen, bei denen materielles in Verbindung mit formellem Recht eingesetzt wird; verwiesen sei auf das SVG-Ticket-System des Ordnungsbussengesetzes.

IV. NEUERUNGEN GEMÄSS BOTSCHAFT 1998

Verwiesen sei auf die Strafbefreiungsgründe (namentlich Art. 52 Botschaft).

§ 11 DIE SICHERNDEN MASSNAHMEN²⁵

I. DIE BEIDEN HAUPTARTEN SICHERNDER MASSNAHMEN (BESSERENDE UND ISOLIERENDE MASSNAHMEN) (VGL. EINFÜHRUNGSSKRIPT, IV)

Massnahmen sind Rechtsfolgen einer Straftat, die keine Strafe darstellen (Rehberg). Bei Massnahmen geht es oft darum (so bei den sog. sichernden Massnahmen), die beim Straftäter infolge eines abnormen Zustandes, der nicht verschuldet sein muss, bestehende Rückfallgefahr zu bekämpfen (Rehberg).

Massnahmen knüpfen nicht an die soziale Schuld des Täters, sondern an seine Sozialgefährlichkeit an.

Aufgabe der strafrechtlichen Massnahmen war von Anfang an eine doppelte: Es geht um die "Besserung" der Besserungsfähigen und um die "Unschädlichmachung" der unverbesserlichen Straftäter (vgl. vorne § 1 III). Bessernde Massnahmen sind primär auf die Resozialisierung des Täters ausgerichtet. Isolierende Massnahmen sind primär auf den Schutz der Allgemeinheit durch Absonderung des Täters ausgerichtet.

Man geht davon aus, dass in den Fällen, auf welche die Massnahmen zugeschnitten sind, die schuldgebundene Strafe die entsprechenden Aufgaben nicht erfüllen kann. Dies deshalb, weil entweder der Täter im Zeitpunkt der Tat gar nicht schuldig war oder weil der zu Besserungs- und Sicherungszwecken erforderlich scheinende Freiheitsentzug über das schuldentsprechende Mass hinausgeht (und dem Gesichtspunkt der Gefährlichkeit des Täters nicht durch eine schuldunangemessene lange Freiheitsstrafe Rechnung getragen werden darf; BGE 123 IV 1 ff.). Ferner soll der Täter gegebenenfalls eine besondere Behandlung erfahren, die im ordentlichen Strafvollzug nicht gewährleistet ist.

Sichernde Massnahmen sind allerdings problembehaftet. Die Unverbesserlichkeit ist ein relativer Begriff. Er besagt, dass die zur Verfügung stehenden Besserungsmittel wirkungslos sind. Dies würde eigentlich voraussetzen, dass adäquate Besserungsbemühungen stattgefunden haben. Es gibt im übrigen kaum derart unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher, bei denen keine andere Möglichkeit übrig bleibt, als sie unschädlich zu machen. Es ist deshalb keine vollständige Trennung zwischen Sicherung und Besserung möglich. Nur in extremen Grenzfällen ist allenfalls eine Massnahme denkbar, die bloss der Sicherung dient.

Was bessernde Massnahmen anbetrifft, kann der Staat in der Regel von einem Verurteilten nicht mehr als Legalbewährung verlangen. Der Staat ist nicht befugt, ihn darüber hinaus in das Schema eines Normaltyps, eines Mustermenschen einzupassen. Deshalb dürfen Resozialisierungs- und Besserungsmassnahmen nicht weiter ge-

²⁵ REHBERG 135-182; SCHULTZ 38-42, 133-200; STRATENWERTH 30-39, 292-474; MAIER/URBANIÖK, Die Anordnung und praktische Durchführung von Freiheitsstrafen und Massnahmen, Zürich 1998.

hen, als es für ein Leben ohne Straftaten notwendig ist. Sanktionen sind nicht primär dazu geschaffen, Persönlichkeitsstrukturen zu verändern und Individuen Selbstverwirklichung zu ermöglichen, sondern sie sollen zukünftige Delinquenz verhindern. Allerdings ist es kaum möglich, einfach Legalität einzuüben. Oft ist eine innere Veränderung beim Täter notwendig, damit günstigere Rahmenbedingungen für ein rückfallfreies Leben geschaffen werden. Deshalb sind beispielsweise die Arbeitspflicht im Massnahmenvollzug und nach der bedingten Entlassung Weisungen betr. Berufsausübung, Aufenthalt, ärztliche Betreuung, Verzicht auf alkoholische Getränke etc. berechtigt. Denn entsprechende Verhaltensweisen sind nicht Selbstzweck, sondern können soweit gerechtfertigt sein, als günstige Rahmenbedingungen für ein rückfallfreies Leben konnex mit der Legalbewährung sind.

Ein Hauptproblem der strafrechtlichen Massnahmen liegt darin, dass sie erlauben, den Schuldgrundsatz im Rahmen von Behandlungs- und Sicherungszwecken ausser Kraft zu setzen.

Es muss versucht werden, dem Missbrauch von Massnahmen entgegenzuwirken.

II. DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE VERHÄNGUNG KRIMINALRECHTLICHER MASSNAHMEN

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich; die Massnahme muss ferner im öffentlichen Interesse liegen und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen.

Konkret erfüllen die im Gesetz *de lege lata* vorgesehenen Massnahmen nur zum Teil den Zweck und die Rolle, die der Gesetzgeber ihnen zugeordnet hat. Die einer Massnahme vom Gesetz zugesicherte Aufgabe und ihre tatsächliche Funktion müssen nicht übereinstimmen. Der Grund für ein solches Missverhältnis kann in den gesetzlichen Voraussetzungen und den Vollzugsrealitäten liegen.

Aus der Sicht der *Verhältnismässigkeit* müssten Massnahmen in Relation zur Schwere der zu erwartenden Delikte stehen. Bei verschiedenen Vorschriften über Massnahmen geht es aber "nur" um die Gefahr der Verhinderung künftiger Verbrechen und Vergehen (vgl. Art. 42 Ziff. 1 Abs. 1, Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 und Art. 100bis Ziff. 1 StGB), was nicht ausreicht, weil bereits ein simpler Ladendiebstahl von Fr. 400.- oder ein entsprechender Betrug Verbrechen und Sachbeschädigungen Vergehen sind. Positiv zu werten ist Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, wonach der Täter die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährden muss. Lockerer ist hingegen die Voraussetzung in Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, wonach die Gefahr weitere mit Strafe bedrohter Taten zu befürchten ist.

Was die *Dauer der Massnahmen* anbetrifft, begrenzt sie das geltende Recht weitgehend nicht. Art. 43 Ziff. 1 StGB enthält keine Regel. Art. 42 Ziff. 4 Abs. 1 StGB enthält eine Mindest-, aber keine Höchstdauer. Art. 44 Ziff. 3 Abs. 1 und Art. 45 Ziff. 3 Abs. 6 sowie Art. 100ter Ziff. 1 Abs. 1 und 4 StGB sehen sehr weite Grenzen vor.

Zwar ist eine lange Massnahme u.U. geboten. Aber die Ungewissheit ist für den Betroffenen eine grosse Belastung. Die Massnahmen gemäss Art. 42 und 43 StGB kön-

nen grundsätzlich lebenslänglich dauern. Eine Abhilfe stellen die bedingte oder probeweise Entlassung dar. Diese Möglichkeit besteht zwar im schweizerischen Recht. Allerdings verlangt Art. 45 Ziff. 1 StGB nur, dass die Möglichkeit der Entlassung zu prüfen sei, nicht jedoch, ob tatsächlich entlassen und Gelegenheit zur Bewährung gegeben werden muss.

Auch die *Vollzugsrealität* ist problematisch. Das geltende Recht führt dazu, dass oft kein anderes Regime als bei Freiheitsstrafen besteht, namentlich bei sichernden Massnahmen i.S. von Art. 42 und 43 StGB.

III. MASSNAHMEN AN GEISTIG ABNORMEN (ART. 43 STGB)

In Art. 43 StGB ist eine bessernde und isolierende Massnahme für geistig Abnorme enthalten. Die bessernde kann stationär oder ambulant erfolgen. Man spricht auch von Versorgung (für die bessernde) und von Verwahrung (für die isolierende Variante).

A. Versorgung geistig Abnormer (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB)

Es handelt sich um die bessernde Massnahme.

1. Voraussetzungen

Der Täter muss eine Tat begehen, die vom Gesetz mit Gefängnis oder Zuchthaus bedroht ist (Verbrechen/Vergehen). Bzgl. Übertretungen vgl. Art. 104 Abs. 2 StGB. In den Fällen von Art. 10 StGB ist die Massnahme auch ohne Schuldspruch möglich.

Der Geisteszustand des Täters muss mit der Straftat zusammenhängen und ärztliche Behandlung oder besondere Pflege erfordern.

Ärztliche Behandlung ist z.B. bei Schizophrenie von Belang. Ziel ist dabei die Resozialisierung. Die Erfolgchancen sind von den recht unterschiedlichen therapeutischen Möglichkeiten der Kliniken abhängig.

Bei besonderer Pflege denkt man an Fälle, die einer dauernden, intensiven Pflege und Betreuung bedürfen. Sie ist bei geistig schwer Behinderten, Senilen und unheilbar Geisteskranken angebracht. Hier geht es nicht eigentlich um die Resozialisierung.

Des weitern muss eine Besserungsaussicht bzgl. der Rückfallgefahr bestehen. Massnahmen kommen in jenen Fällen nicht in Frage, in denen der bedingte Strafvollzug möglich wäre.

Im Ergebnis sind die Voraussetzungen von Art. 43 StGB nicht sehr präzise. "Geistige Abnormität" ist ein vager, unpräziser Begriff. Ebenso vage sind Begriffe wie Rückfallgefahr und Gefährlichkeit. Der Richter ist sehr abhängig von der Einstellung des Gutachters. Mangels objektiver Entscheidungskriterien besteht ein sehr grosser Ermessensspielraum und eine entsprechende Gefahr des Missbrauchs.

Art. 43 StGB enthält eine Verfahrensregelung. Verlangt wird zwingend ein Gutachten, welches den gestörten Geisteszustand sowie die Pflege- und Behandlungsbedürftigkeit feststellt.

Liegen sowohl die Voraussetzungen von Art. 43 StGB als auch von Art. 42 StGB vor, geht Art. 43 StGB vor.

2. Zuständigkeit zur Anordnung der Massnahme

Zuständig ist der Richter (vgl. BGE 124 IV 254). Bei ihm liegt auch der Entscheid über den Vollzug einer aufgeschobenen Strafe, nachdem die Massnahme vollzogen ist.

3. Vollzug der Massnahme

Vorgesehen ist gemäss Art. 43 Ziff. 1 StGB die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt. Pflegeanstalten sind für Leute gedacht, die einer besonderen Pflege bedürfen.

Art. 43 Ziff. 2 StGB sieht den Aufschub der Strafe vor. Dies ist Folge des dualistisch-vikariierenden Systems. Bei völlig Unzurechnungsfähigen kommt nur eine Massnahme in Frage. Dort wird die Strafe durch die Massnahme ersetzt.

Die Ziffern 3-5 von Art. 43 StGB regeln das Ende, die Einstellung und die Aufhebung der Massnahme.

Die Anordnung erfolgt auf unbestimmte Dauer, im Extremfall lebenslänglich (vgl. auch Art. 45 StGB).

Im Prinzip bestehen drei Möglichkeiten:

- Entweder ist die Massnahme erfolgreich. Dann fällt der Grund für die Massnahme weg. Sie kann aufgehoben werden (Art. 43 Ziff. 4 Abs. 1 StGB). Der Richter muss über den Vollzug der Strafe entscheiden. Entscheidet er sich dafür, erfolgt eine Verrechnung.
- Die Massnahme ist erfolglos oder unzweckmässig. Dann entscheidet der Richter über die Strafe (Art. 43 Ziff. 3 Abs. 1 StGB) oder die Anordnung einer anderen Massnahme, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind (Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB). Eine Verrechnung ist diesfalls nicht obligatorisch vorgesehen. Dies ist ein Mangel (vgl. aber BGE 109 IV 80, wonach die Anrechnung die Regel sein soll).
- Der Grund für die Massnahme ist nur teilweise entfallen. Diesfalls kommt die probeweise Entlassung in Frage.

Genauere Bestimmungen über die probeweise Entlassung enthält Art. 45 StGB. Art. 43 Ziff. 4 Abs. 2 StGB sieht (ähnlich, wie beim bedingten Strafvollzug) Schutzaufsicht und Weisungen vor, aber nicht begrenzt auf eine bestimmte Zeit, wie beim bedingten Strafvollzug. Art. 45 StGB regelt ferner die Details im Fall der Nichtbewährung.

4. Ambulante Behandlung

Sie ist seit der Revision von 1971 möglich. Ob sie angewendet werden kann, hängt vom Grundsatz der Verhältnismässigkeit ab. Sie kommt in Frage, wenn der Täter nicht gefährlich ist (Art. 43 Ziff. 1 StGB). Allgemein gilt: Sie ist möglich, wenn der Täter keine intensive ärztliche Behandlung oder besondere Pflege nötig hat sowie wenn keine Bedrohung der Öffentlichkeit besteht, welche den Freiheitsentzug nötig machen würde. Sie kommt selbst bei einer langen Freiheitsstrafe in Frage (BGE 119 IV 309). Zum Verhältnis zur Verwahrung vgl. BGE 123 IV 100.

Ambulante Behandlungen sind vor allem sinnvoll, wenn eine medikamentöse oder psychotherapeutische Behandlung geboten ist. Allerdings muss es sich nicht zwingend um eine medizinische Behandlung handeln, auch paramedizinische Massnahmen können in Frage kommen, wenn sie die Gefahr weiterer Delikte vermindern. Allgemein zu den Voraussetzungen vgl. BGE 124 IV 246.

Allenfalls können Weisungen erteilt und Schutzaufsicht angeordnet werden (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB).

Die ambulante Behandlung endet:

- wenn sie erfolgreich ist. Zu prüfen sind in diesem Zusammenhang der Zustand des Betroffenen und die Gefahr neuer strafbarer Handlungen (BGE 122 IV 8). Wird die Massnahme aufgehoben, erfolgt wie in anderen Fällen eine Entlassung aus der Behandlung (vgl. Art. 43 Ziff. 4 StGB); gemäss Art. 43 Ziff. 5 ist diesfalls der Entscheid über den Vollzug der Strafe nötig, sofern die Strafe aufgeschoben wurde.
- wenn sich die Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 StGB als unzweckmässig, bzw. der Beschuldigte sich als gefährlich erweist. Dann erfolgt die Einweisung in eine stationäre Einrichtung (Heil- und Pflegeanstalt), die Anordnung einer anderen, gleichartigen ambulanten Massnahme (vgl. BGE 117 IV 398) oder ein Entscheid über die Vollstreckung der aufgeschobenen Strafe. Beim nachträglichen Vollzug einer ursprünglich aufgeschobenen Freiheitsstrafe ist die ambulante Behandlung in dem Masse anzurechnen, als der Betroffene in seiner persönlichen Freiheit tatsächlich eingeschränkt war (BGE 120 IV 176). Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanter Massnahme und Strafvollzug kommt in der Regel nur eine beschränkte Anrechnung der Behandlung in Frage (BGE 121 IV 303).

Ambulante Massnahmen sind mit diversen Problemen verbunden:

- Sie verlangen vom Betroffenen eine entsprechende Motivation und Bereitschaft, sich auf eine längere Behandlung einzulassen (was nicht immer der Fall ist).
- Ein Aufschub der Strafe ist nach Bundesgericht nur möglich, wenn der Strafvollzug mit der Behandlung unvereinbar ist, d.h. dass die Erfolgsaussichten der ambulanten Behandlung durch den sofortigen Strafvollzug ernstlich beeinträchtigt würden (BGE 105 IV 88, 107 IV 23, 116 IV 102). Sonst muss sie in Verbindung mit dem Vollzug der Freiheitsstrafe erfolgen. Dies ist denn auch die Regel. Diese Kombination ist problematisch. Denn die Strafanstalten sollten ohnehin ein Instrumentarium für Behandlungsmassnahmen zur Verfügung stellen. Folglich ist es wenig sinnvoll, den Vollzug der Freiheitsstrafe anzuordnen und gleichzeitig ausdrücklich eine Behandlung vorzusehen.
- Die Berichtserstattungspflicht des Therapeuten an die Vollzugsbehörde ist eine Vertrauensfrage.
- Ferner bestehen auch Abgrenzungsprobleme zum bedingten Strafvollzug mit der Weisung zu ärztlicher Behandlung.

B. Verwahrung geistig Abnormer (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)

Diese Massnahme dient alleine der Sicherung der Öffentlichkeit

1. Voraussetzungen

Voraussetzung ist eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit. Dies kann man nur annehmen, wenn erhebliche Delikte begangen wurden und die Gefahr neuer Straftaten besteht. Der Täter darf nicht behandlungs- oder pflegebedürftig sein (BGE 81 IV 8). Ferner muss ein Gutachten vorliegen, welches den gestörten Geisteszustand und die Verwahrungsbedürftigkeit feststellt. Nach der neuesten Rechtsprechung (BGE 121 IV 297) kommt die Verwahrung jedoch auch für behandlungsbedürftige und -fähige Delinquenten in Frage, die trotz Behandlung kurz- oder mittelfristig gefährlich bleiben (BGE 123 IV 100).

2. Vollzug der Verwahrung

Die Massnahme der Verwahrung ist ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte. Sie dauert unbestimmte Zeit. Sie bedeutet für den Betroffenen eine grosse psychische Belastung. Deshalb muss der Vollzug in einer geeigneten Anstalt erfolgen. Es fehlt jedoch an Spezialanstalten. Folglich befinden sich Verurteilte oft in Strafanstalten. In psychiatrischen Kliniken sind sie regelmässig unerwünscht. Denn es ist keinerlei Versuch zu einer Beeinflussung im Sinne der Betreuung und Behandlung vorgeschrieben. Darin liegt ein grosses Problem. Gibt es wirklich Behandlungsunfähigkeit? Verwiesen sei auf die Diskussion über den Missbrauch des Psychopathiebegriffs. Man ging lange Zeit davon aus, dass anlagebedingte Charakteranomalien unheilbar seien.

Zur Beendigung der Massnahme vgl. oben A.

IV. DIE BEHANDLUNG TRUNK- UND RAUSCHGIFTSÜCHTIGER (ART. 44 STGB)

A. Allgemeines

Es handelt sich um eine bessernde Massnahme.

Kommt eine ambulante Behandlung in Frage, ist Art. 43 StGB entsprechend anwendbar (Beispiel: Antabuskur mit gleichzeitiger Fürsorge oder kontrollierte Methadonabgabe). Vgl. BGE 125 IV 225.

B. Voraussetzungen

Voraussetzung ist die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens. Bei Übertretungen kann diese Massnahme nur in den vom Gesetz speziell vorgesehenen Fällen angeordnet werden (Art. 104 Abs. 2 StGB). Der Täter muss trunk- bzw. rauschgiftsüchtig sein, d.h. er kann den Suchtmitteln aus eigener Kraft nicht mehr widerstehen. Es muss ein Zusammenhang zwischen der Tat und der Sucht bestehen. Dieser kann di-

rekter (Fahren in angetrunkenem Zustand) oder indirekter Natur sein (z.B. Diebstahl zur Finanzierung des Drogenkonsums). Schliesslich muss es darum gehen, die Gefahr künftiger Verbrechen oder Vergehen zu verhüten. Folglich kommt eine Massnahme nicht in Frage, wenn der bedingte Strafvollzug möglich wäre. Die Zurechnungsfähigkeit ist nicht erforderlich (Art. 10 Abs. 2 StGB). Stillschweigend wird vorausgesetzt, dass die Sucht beeinflussbar ist. Der Beizug eines Gutachters ist fakultativ, doch in jedem Fall wünschenswert, damit die geeignete Behandlung angeordnet werden kann.

Die Voraussetzungen sind somit sehr allgemein gehalten.

Gemäss Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB kann ein zu einer Strafe verurteilter Rauschgift-süchtiger, der sich nachträglich als behandlungsbedürftig, behandlungsfähig und behandlungswillig erweist, vom Richter auf sein Gesuch hin in eine Anstalt für Rauschgiftsüchtige eingewiesen und der Vollzug der noch nicht verbüsst Strafe aufgeschoben werden. Diese Regelung gilt laut Bundesgericht auch für Trunksüchtige (BGE 122 IV 292). Die nachträgliche Anordnung einer ambulanten Massnahme unter Aufschub des Strafvollzugs ist unzulässig (BGE 122 IV 289).

C. Vollzug der Massnahme

Wird eine stationäre Behandlung i.S. von Art. 44 StGB angeordnet, so kann diese in einer offenen, privaten Trinkerheilstätte oder in einer geschlossenen staatlichen Trinkerheilanstalt, die stets einer Strafvollzugsanstalt angegliedert ist, vollzogen werden. Privatanstalten sind gemäss den Art. 384/391 StGB zulässig. Die privaten Heilanstalten können nach eigenem Ermessen bestimmen, ob sie einen "kriminellen" Trinker aufnehmen wollen. Geachtet wird vor allem auf die Vorstrafen, so dass ein mehrfach Vorbestrafter oder einer, der bereits eine Freiheitsstrafe verbüsst, meist in eine geschlossene staatliche Anstalt eingewiesen wird und dort einem strafvollzugsähnlichen Freiheitsentzug ausgesetzt ist. Die Therapie beschränkt sich in der Hauptsache auf die Arbeit im landwirtschaftlichen und handwerklichen Bereich. In den meisten Fällen wird eine sog. Jahreskur absolviert. Eine Einweisung ist auch in eine andere Heilanstalt möglich (psychiatrische Klinik bei Sucht mit psychischen Störungen und Spezialinstitutionen). Das Gesetz spricht von einer geeigneten Anstalt (hier ist namentlich an Rauschgiftsüchtige zu denken).

Bei den Rauschgiftsüchtigen stehen Betten in psychiatrischen Kliniken oder Spitälern zur Verfügung. Gemäss Art. 44 StGB ist die Einweisung in eine psychiatrische Klinik möglich. Für den psychischen Entzug, d.h. die Loslösung von der Droge und der damit verbundenen Lebensweise, stehen im übrigen nur von Privaten geführte, therapeutische Wohngemeinschaften zur Verfügung.

Die Strafe wird, da die bessernden Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts seit 1971 dem dualistisch-vikariierenden System unterstellt sind, im Fall einer stationären Behandlung stets aufgeschoben, bei ambulanter Behandlung nur in den Fällen, wo der Erfolg der Behandlung durch den Strafvollzug verunmöglicht oder erheblich gefährden würde (vgl. oben III. A. Ziff. 4).

Die entsprechenden Anstalten für Trunk- und Rauschgiftsüchtige sind getrennt von den übrigen Anstalten des StGB zu führen (Art. 44 Ziff. 2 StGB). Über die Art des

Vollzugs finden wir im StGB keine speziellen Vorschriften. Als Grundlage dient Art. 46 StGB. An sich ist keine bestimmte Dauer vorgesehen, jedoch eine Höchstdauer von zwei Jahren.

Die Massnahme kann enden, weil eine vollständige Heilung eingetreten ist (dann erfolgt eine Entlassung gemäss Art. 44 Ziff. 4 StGB, evtl. eine bedingte Entlassung; die Probezeit beträgt 1-3 Jahre, evtl. wird i.S. von Art. 45 StGB Schutzaufsicht angeordnet; es ist auch über den Vollzug der Strafe zu entscheiden, wobei obligatorisch eine Verrechnung vorgesehen ist). Oder aber die Massnahme bleibt erfolglos, bzw. führt innert zwei Jahren nicht zum Ziel. Dann wird die Massnahme abgebrochen. Der Richter entscheidet über die aufgeschobene Strafe oder eine andere sichernde Massnahme (wie bei Art. 43 StGB). Die Verrechnung ist nicht obligatorisch vorgesehen, bildet hingegen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 109 IV 82) die Regel.

V. DIE VERWAHRUNG VON GEWOHNHEITSVERBRECHERN (ART. 42 STGB)

A. Allgemeines

Es handelt sich um eine rein isolierende Massnahme. Anvisiert sind chronische Rückfällige, Unverbesserliche.

Die Absonderung als isolierende Massnahme ist als letztes Mittel gedacht, um die Gesellschaft vor sozialgefährlichen Gewohnheitsverbrechen zu schützen, bei denen Strafen und bessernde Massnahmen als unwirksam oder nicht genügend wirksam erscheinen.

B. Voraussetzungen

Der Täter muss zahlreiche Verbrechen oder Vergehen verübt haben. Der Täter muss deswegen zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt oder in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen worden und zwei Jahre im Vollzug oder aber verwahrt gewesen sein. Die Dauer der einzelnen Strafen ist unerheblich. Nicht vorausgesetzt ist eine mindestens langfristige Strafe. Schliesslich muss der Täter innert fünf Jahren seit der letzten endgültigen Entlassung ein neues vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen begehen, das seinen Hang zu Verbrechen oder Vergehen bekundet. Das Delikt muss eine kriminelle Neigung zum Ausdruck bringen, die mit Strafen und bessernden Massnahmen nicht bekämpfbar ist. Die Praxis verlangt keine besonders schweren Delikte (BGE 102 IV 12). Sind sowohl die Voraussetzungen von Art. 42 StGB als auch jene von Art. 143 StGB gegeben, geht letzteres vor (BGE 125 IV 118). Vor der Verwahrung ist i.d.R. ein Gutachten einzuholen (BGE 118 IV 105).

Diese Massnahme steht sehr in der Kritik. Sie ist als Sanktion gegenüber gefährlichen, intensiv delinquierenden, antisozialen, unverbesserlichen und gegen die ver-

fügbaren Beeinflussungsmöglichkeiten resistenten Zustandsverbrechern gedacht. In Wirklichkeit kann Art. 42 StGB wie angetönt auch durch eine Serie nicht sehr schwerer Delikte ausgelöst werden. Deshalb werden auch bloss asoziale, sog. harmloslästige Gewohnheitsverbrecher erfasst, d.h. Straftäter, die wohl lange Vorstrafenregister aufweisen, jedoch zu weniger bedeutsamen Delikten neigen. Meist handelt es sich um antriebs- und willensschwache, dem Leben nicht voll gewachsene Delinquenten, die eine besonders intensive, gezielte sozialpädagogische Beeinflussung nötig hätten. Das Bundesgericht hat ausdrücklich erkannt, das Gesetz wolle auch bloss asoziale, nicht schwer delinquierende Gewohnheitsverbrecher erfassen (BGE 102 IV 14). Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch in bezug auf die Anlasstat und die zu erwartenden Delikte der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (BGE 118 IV 213).

C. Vollzug der Massnahme

Es erfolgt eine Verurteilung zur Strafe und zur Massnahme. Es wird keine besondere Anstalt gefordert. Der Vollzug kann in einer offenen oder geschlossenen Anstalt erfolgen. Ausgeschlossen ist der Vollzug in einer Strafanstalt für Erstmalige, in Haftanstalten, in Arbeitserziehungsanstalten und in Trinkerheilanstalten. Deshalb halten sich Verurteilte regelmässig in Strafanstalten für Rückfällige oder in einer besonderen Verwahrungsanstalt auf. Art. 42 Ziff. 3 StGB regelt die Arbeitspflicht. Leider ist kein besonderes erzieherisches Ziel und keine therapeutische Ausrichtung vorgesehen. Praktisch wird diese Massnahme wie eine langfristige Freiheitsstrafe vollzogen, allerdings mit unbestimmter Dauer. Eine Beschäftigung ausserhalb der Anstalt (Halbfreiheit) nach der halben Strafzeit (frühestens nach zwei Jahren) ist möglich. Aus Art. 42 Ziff. 4 StGB ist ersichtlich, dass die Dauer der Massnahme unbestimmt ist. Die bedingte Entlassung ist zwar nach zwei Dritteln der Strafdauer möglich, frühestens aber nach drei Jahren (Ausnahme: Art. 42 Ziff. 5 StGB). Dann kann eine bedingte Entlassung erfolgen, wenn die Verwahrung nicht mehr nötig ist. Schutzaufsicht ist obligatorisch vorgesehen. Im Fall der Rückversetzung ist eine Mindestdauer von fünf Jahren vorgeschrieben. Vgl. auch Art. 45 StGB. Nach Art. 45 Ziff. 6 StGB wird die Massnahme nicht mehr vollzogen, wenn die Strafe verjährt ist (BGE 126 IV 1).

VI. DIE EINWEISUNG IN EINE ARBEITSERZIEHUNGSANSTALT (ART. 100 BIS/TER STGB)

A. Allgemeines

Es handelt sich um eine bessernde Massnahme für 18-25jährige. Es ist eine monistische Massnahme. Junge Erwachsene unterstehen im übrigen dem Erwachsenenstrafrecht, wobei Art. 64 StGB für 18-20jährige noch einen besonderen Milderungsgrund vorsieht.

B. Voraussetzungen der Massnahme

Die charakterliche Entwicklung muss gestört (z.B. retardiert) oder gefährdet sein, bzw. der Betroffene muss verwahrlost (erzieherisch im Rückstand), liederlich oder arbeitsscheu sein (anvisiert ist ein abnormer Zustand, nicht nur bloss alltägliche Arbeitsscheu. Gedacht wird an labile Personen, die Unterordnungsprobleme haben, die gehemmt sind etc.).

Eine Begutachtung ist vorgeschrieben, soweit erforderlich (Art. 100 Abs. 2 StGB). Angesichts der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, sollte sie die Regel sein.

Die Tat muss mit dieser Fehlentwicklung im Zusammenhang stehen.

Ferner muss die Annahme bestehen, dass sich durch die Massnahme die Gefahr künftiger Verbrechen und Vergehen verhindern lässt, dass m.a.W. der Verurteilte durch die Massnahme beeinflusst werden kann (BGE 125 IV 237). Die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs dürfen nicht gegeben sein (günstige Prognose).

Die Anlasstat muss ein Verbrechen oder Vergehen sein (vgl. aber Art. 104 Abs. 2 StGB). Arbeitserziehung ist auch bei einer schweren Anlasstat (z.B. Mord) möglich (BGE 118 IV 351). Gefährliche Täter gehören aber nicht in die Arbeitserziehungsanstalt (BGE 125 IV 237).

Der Täter darf nicht unzurechnungsfähig sein (vgl. Art. 10 Satz 2 StGB).

Sind die Voraussetzungen von Art. 100bis StGB erfüllt, so *ist* die Arbeitserziehung anzuordnen (BGE 118 IV 351).

C. Vollzug der Massnahme

Es wird keine Grundstrafe ausgefällt (Monismus). Eine Ausnahme bilden Fälle, in denen der Täter vor und nach dem 25. Geburtstag delinquent hat: Dann wird nämlich für die Delikte nach dem 25. Geburtstag eine Erwachsenenstrafe ausgefällt, welche zugunsten der für die Delikte vor dem 25. Altersjahr verhängten Einweisung aufgeschoben wird (BGE 121 IV 155). Die Arbeitserziehungsanstalt muss von den übrigen Anstalten getrennt sein (Art. 100bis Ziff. 2 StGB). Gemäss Art. 100bis Ziff. 3 StGB ist die Erziehung zur Arbeit vorgesehen, ferner die semi-liberté.

Zur Beendigung vgl. Art. 100ter Ziff. 2 StGB: Ein Jahr Aufenthalt ist das Minimum, drei bzw. vier Jahre sind das Maximum.

Eine Entlassung findet statt, wenn anzunehmen ist, die Voraussetzungen, die zur Anordnung führten, seien behoben.

Im Regelfall erfolgt eine bedingte Entlassung.

Im Fall der Nichtbewährung erfolgt eine Rückversetzung für höchstens zwei Jahre (Art. 100ter Ziff. 1 Abs. 3 StGB) oder es wird die Strafe wegen des neuen Delikts vollstreckt (Art. 100ter Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

VII. DIE FREIHEITSENTZIEHENDEN MASSNAHMEN GEMÄSS BOTSCHAFT 1998²⁶

(vgl. Art. 56 ff. Botschaft)

²⁶ WIPRÄCHTIGER, Das Massnahmenrecht der Expertenkommission - Verbesserte Hilfe für die Täter und verbesserter Schutz für die Allgemeinheit, ZStrR 1994, 405 ff.

§ 12 DIE ANDEREN MASSNAHMEN²⁷

I. DIE PERSÖNLICHEN MASSNAHMEN

A. Die Friedensbürgschaft (Art. 57 StGB)

Diese Massnahme ist praktisch bedeutungslos. Es ist die einzige Massnahme, die konkret auf zukünftige Taten bezogen ist. Sie setzt kein Delikt voraus. Es ist eine Vorkehr zur Verbrechensverhütung.

Es muss die Gefahr eines Verbrechens oder Vergehens drohen, oder der Täter muss die bestimmte Absicht äussern, die Tat zu wiederholen.

Der Richter ordnet die Friedensbürgschaft auf Antrag an.

Er nimmt dem Drohenden das Versprechen ab, die Tat nicht auszuführen und kann eine (finanzielle) Sicherheit verlangen.

Im Fall der Verweigerung des Versprechens oder der böswilligen Nichtleistung der Sicherheit kann Beugehaft bis zu zwei Monaten angeordnet werden.

Die Sicherheit verfällt, wenn der Täter innert zwei Jahren die befürchtete Tat begeht.

B. Die Veröffentlichung des Urteils (Art. 61 StGB)

Sie dient einerseits dem *Schutz der Gesellschaft* vor dem Verurteilten und dem Schutz des Verletzten. Eine Veröffentlichung verurteilender Urteile findet statt, wenn ein öffentliches Interesse besteht (Warnung der Allgemeinheit vor dem Täter). Es muss ein besonderes, generalpräventives Bedürfnis nach Veröffentlichung bestehen. In Einzelfällen ist sie zwingend vorgeschrieben (Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2, 236 Abs. 1 StGB). Auch im Nebenstrafrecht kann eine Veröffentlichung von Bedeutung sein, z.B. bei unlauterem Wettbewerb zum Schutz des Publikums vor Irreführung.

Eine andere Konstellation liegt vor, wenn ein *Interesse des Verletzten* bzw. Antragsberechtigten an der Veröffentlichung besteht (beispielsweise nach einer Ehrverletzung in einem Wahlkampf). Der Richter ordnet die Veröffentlichung auf Antrag des Verletzten auf Kosten des Verurteilten an.

Andererseits dient Art. 61 StGB dem *Schutz des Beschuldigten oder der Öffentlichkeit im Fall des Freispruchs*. Die Veröffentlichung freisprechender Urteile kommt z.B. in Frage, wenn jemand als Folge einer falschen Anschuldigung in ein Strafverfahren verwickelt wird. Öffentliche Interessen können die Bekanntgabe eines Freispruches rechtfertigen, wenn sich gravierende Vorwürfe an die Adresse staatlicher Organe als nicht gerechtfertigt erweisen.

²⁷ REHBERG 183-209; SCHULTZ 200-217; STRATENWERTH 475-520.

Art und Umfang der Publikation sind vom Richter festzulegen. Namentlich hat der Richter zu bestimmen, in welchen Publikationsorganen, in welcher Grösse, an welcher Stelle und in welchem Umfang das Urteil wiederzugeben ist. Nicht unbestritten ist dabei die Frage, ob ein unbeteiligter Dritter (z.B. ein Medienunternehmen) eine Publikation gegen seinen Willen veröffentlichen muss.

C. Der Eintrag im Strafregister (und Strafregisterrecht im allgemeinen) (vgl. § 13 V)

II. DIE SACHLICHEN MASSNAHMEN²⁸

Wie der Name schon sagt, richten sich diese Massnahmen nicht gegen Personen, sondern gegen Sachen und Vermögenswerte, welche einen Deliktsbezug aufweisen. Man unterscheidet die in den Art. 58 und 59 StGB geregelte Einziehung und die Verwendung zugunsten des Geschädigten (Art. 60 StGB).

A. Die Einziehung (Art. 58 f. StGB)²⁹

1. Allgemeines

Bei der Einziehung handelt es sich um eine *zwingende* sachliche Massnahme, d.h. der dafür zuständige Richter muss sie, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, von Amtes wegen anordnen. Die Einziehung erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der davon betroffenen Person. Sie ist deshalb z.B. auch gegenüber einem Unzurechnungsfähigen, einem nicht bekannten Täter, bei einem verjährten Delikt oder nach dem Tod eines Verdächtigen möglich (vgl. BGE 117 IV 233).

2. Verhältnis von Art. 58 f. StGB zu anderen Einziehungsnormen

Das StGB unterscheidet in Art. 58 und 59 grundsätzlich zwei Arten von Einziehung: die *Sicherungseinziehung* (vgl. unten B. 1) und die *Einziehung von Vermögenswerten* (vgl. unten B. 2). Daneben enthält es (in Art. 135 Abs. 2, 197 Ziff. 3 Abs. 2, 235 Ziff. 3, 249 (vgl. dazu BGE 123 IV 55), 274 Ziff. 2, 301 Ziff. 2, 327 Ziff. 3 und 328 Ziff. 2) *besondere Einziehungsnormen*. Soweit diese analog zu Art. 58 StGB die Sicherungseinziehung (Einziehung von Tatwerkzeugen und -produkten) regeln, gehen sie Art. 58

²⁸ SCHMID, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff. ZStrR 1995, 321 ff.; ARZT, Beweiserleichterungen bei der Einziehung, recht 1993, 77 ff.

²⁹ SCHMID/ARZT/ACKERMANN, Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. 1, Zürich 1998; SCHMID/ACKERMANN (Hrsg.), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zürich 1999.

StGB als *lex specialis* vor. Anders verhält es sich mit der in Art. 59 geregelten Einziehung von Vermögenswerten. Da diese Einziehungsart im Unterschied zur Sicherungseinziehung anlässlich der Revision im Jahr 1993 grundlegend neu ausgestaltet wurde, dürfte Art. 59 StGB als *lex posterior* auch spezialgesetzlichen Regelungen (z.B. Art. 24 BetMG) vorgehen.

3. Prozessrechtliches³⁰

Die Einziehung hat durch ein richterliches Urteil zu erfolgen. Andere Endentscheide (wie z.B. Einstellungsverfügungen oder Strafbefehle der hierfür zuständigen Anklage- oder Untersuchungsbehörden) genügen jedoch auch, da in diesen Fällen, wenn allenfalls auch nur auf Einsprache hin, letztlich doch ein Richter für die Einziehung zuständig bleibt. Zuvor findet allenfalls auf prozessualer Ebene eine (Einziehungs-Beschlagnahme) statt, um diesen Entscheid zu ermöglichen. Über die Einziehung kann akzessorisch, d.h. im Rahmen eines ordentlichen Strafverfahrens oder in einem selbständigen Verfahren befunden werden.

B. Die Einziehungsarten im einzelnen

1. Die Sicherungseinziehung (Art. 58 StGB)

Die Sicherungseinziehung soll gewährleisten, dass gefährliche Gegenstände, d.h. Gegenstände, die bereits bei einer Straftat verwendet wurden und bei denen die Gefahr besteht, dass sie künftig erneut deliktisch eingesetzt werden, für immer aus dem Verkehr gezogen werden können. Für deren Anordnung müssen kumulativ *zwei Voraussetzungen* erfüllt sein. Zum einen muss es sich beim eingezogenen Gegenstand entweder um ein sog. *instrumentum sceleris* (d.h. ein Tatwerkzeug, wie z.B. ein Apparat für den verbotenen Nachrichtendienst, ein gefährliches Tier, eine Schusswaffe, eine Falschgeldmaschine, Sprengstoff etc.) oder aber um ein sog. *productum sceleris* (d.h. ein Tatprodukt, wie z.B. gefälschte Waren, Falschgeld, eine falsche Urkunde) handeln. Zum andern muss zusätzlich - unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes - die Gefahr bestehen, dass diese Gegenstände erneut zu deliktischen Handlungen verwendet werden könnten (zu Hanfsamen vgl. BGE 125 IV 185). Die Einziehung erfolgt unbekümmert darum, in wessen Eigentum sich die betreffenden Gegenstände befinden. Allfälligen Drittansprüchen ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung der Einziehung Rechnung zu tragen. Ist der Dritte nicht in der Lage, eine künftige rechtsgutgefährdende Verwendung eines sich in seinem Eigentum befindlichen Gegenstandes auszuschliessen, muss er die Einziehung dulden, hat aber Anspruch auf einen allfälligen Verwertungserlös.

Die eingezogenen Gegenstände werden in Verwahrung genommen. Evtl. werden sie für deliktische Zwecke unbrauchbar gemacht oder vernichtet (so besonders gefährliche Gegenstände, gemäss Praxis auch pornographisches Veröffentlichungs-

³⁰ SCHMID, Einziehung von Hanfpflanzen während einer laufenden Strafuntersuchung, Kommentar, Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung 1998, 90 ff.

material). Wie bei der Prognose des Gefährdungspotentials eines evtl. einzuziehenden Gegenstandes, ist auch bei der Frage einer allfälligen Vernichtung eines eingezogenen Gegenstandes der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

2. Die Vermögenseinziehung (Art. 59 StGB)

a. (Direkte) Vermögenseinziehung (Art. 59 Ziff. 1 StGB)

Die Vermögenseinziehung will verhindern, dass sich jemand mittels einer strafbaren Handlung einen Vermögensvorteil verschafft (Verbrechen sollen sich nicht lohnen!). Soweit sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden, hat der Richter daher alle Vermögenswerte einzuziehen, die deliktisch erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen. (Beispiele: Einziehung des Betäubungsmittelverkaufserlöses, der Einnahmen aus der Vorführung pornographischer Filme, Abtreibungslohn). Erfasst werden auch Surrogate, die aus dem Deliktsgut erworben wurden (z.B. ein aus dem Betäubungsmittelverkaufserlös erstandenes Luxusauto).

b. Ersatzforderung (Art. 59 Ziff. 2 StGB)

Soweit eine (direkten) Einziehung nicht mehr möglich ist, weil die entsprechenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind, erkennt der Richter - subsidiär - auf eine Ersatzforderung an den Staat in nämlicher Höhe. Soweit dadurch jedoch die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindert würde oder die eigentlich festzusetzende Ersatzforderung voraussichtlich uneinbringlich wäre, kann der Richter auf eine Ersatzforderung ganz oder teilweise verzichten (vgl. dazu BGE 122 IV 299 ff. E. 3).

c. Die Festsetzung der Höhe der Einziehungsbetrages, resp. der Ersatzforderung

Es besteht eine Kontroverse, ob bei einem zum vorne herein verbotenen Geschäft (z.B. Drogenhandel) auf das Bruttoprinzip oder auf das Nettoprinzip abzustellen sei. Nach dem Bruttoprinzip sind alle Einnahmen einzuziehen bzw. Gegenstand der Ersatzforderung. Beim Nettoprinzip sind von den Einnahmen der Einstandspreis, die Auslagen und die übrigen Gewinnungskosten abzuziehen. Die Praxis der Kantone ist in diesem Zusammenhang uneinheitlich. Das Bundesgericht stellt auf das Bruttoprinzip ab.

Jedenfalls unterliegen der Einziehung nur die Erträge objektiv rechtswidriger Handlungen (also z.B. nicht die Erträge der untauglich versuchten Hehlerei, BGE 125 IV 4).

Lässt sich der Umfang des deliktisch erlangten Vermögensvorteils nicht oder nur mit einem unverhältnismässigen Aufwand ermitteln, so kann der Richter die einzuziehenden Vermögenswerte, resp. die Höhe der Ersatzforderung schätzen (Art. 59 Ziff. 4 StGB)

d. Rechte Dritter

Haben Dritte den Vermögenswert erworben, werden sie von der Einziehung, resp. von einer Ersatzforderung nur verschont, wenn sie dies in Unkenntnis der Einziehungsgründe getan und dafür eine gleichwertige Gegenleistung erbracht haben, oder wenn die Einziehung, resp. die Ersatzforderung ihnen gegenüber eine unverhältnismässige Härte darstellen würde.

3. Sonderfall: Einziehung von Vermögenswerten in der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (Art. 59 Ziff. 3 StGB)

Diese Bestimmung soll einen besseren Zugriff auf die Finanzmittel des organisierten Verbrechens ermöglichen. Anders als bei der Vermögenseinziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 StGB braucht in diesem Sonderfall der eingezogene Vermögenswert keinen Deliktsskonnex aufzuweisen. Vielmehr ist die Einziehungsvoraussetzung bereits dann erfüllt, wenn die Vermögenswerte der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (i.S. von Art. 260^{ter} StGB) unterliegen. Eine solche Verfügungsmacht wird von Gesetzes wegen bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, soweit es um Vermögenswerte einer Person geht, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder diese unterstützt hat. Diese Beweislastumkehr erscheint angesichts der von der EMRK garantierten Unschuldsvermutung nicht unproblematisch.

Gesamthaft betrachtet, stellt sich die Frage, ob mit dieser Bestimmung, welche die Vermögenseinziehung bedrohlich nahe der Vermögensstrafe annähert, viel gewonnen ist. Zwar wird dem Einziehungsrichter der oft schwierig zu erbringende Nachweis eines Zusammenhangs zwischen Delikt und Vermögenswert erlassen. Auf der anderen Seite hat er jedoch das Vorhandensein einer kriminellen Organisation oder die Angehörigkeit einer Person zu einer solchen zu beweisen, was im Resultat nicht unbedingt leichter sein dürfte.

C. Verwendung zugunsten des Geschädigten (Art. 60 StGB)³¹

Diese Bestimmung die durch das Opferhilfegesetz erheblich geändert wurde, soll dem Geschädigten nicht nur auf dem Weg der Bestrafung des Täters einen Ausgleich bieten, sondern ihm auch bei der Deckung der entstandenen Schäden (worunter auch Genugtuungsansprüche zu verstehen sind, BGE 123 IV 145) materiell helfen. Der Staat verzichtet zugunsten des Geschädigten auf an sich ihm zustehende Ansprüche. Vorausgesetzt ist, dass der Schaden nicht durch eine Versicherung gedeckt und anzunehmen ist, dass der Schädiger den Schaden nicht ersetzen wird. Zudem kann die in Art. 60 StGB vorgesehene Schadenersatzzusprechung nur erfolgen, wenn der Geschädigte diese ausdrücklich verlangt und den entsprechenden Teil seiner Forderung an den Staat abtritt. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist zur Zeit gering. Soweit jedoch die in der Revision des Sanktionensystems postulierte Verdrängung

³¹ SCHMID, Verfahrensfragen bei der Verwendung von Bussen, eingezogenen Vermögenswerten usw. zugunsten des Geschädigten nach StGB Art 60, in: Rechtsschutz, FS von Castelberg, Zürich 1997, 223 ff.

der kurzen Freiheitsstrafen zugunsten von Bussen tatsächlich Gesetz würde, könnte sich dies erheblich ändern.

§ 13 DIE REHABILITATION³²

I. WESEN, BEDEUTUNG UND ÜBERBLICK

Es besteht ein Zusammenhang mit den Nebenstrafen. Die Rehabilitation ist eine Wiederverleihung von strafweise entzogenen Rechten und Fähigkeiten, d.h. die Beseitigung von Nachteilen, die infolge von Nebenstrafen eingetreten sind. Geregelt ist sie in den Art. 77-81 StGB.

Drei Nebenstrafen sind hier relevant: Die Amtsunfähigerklärung (die zeitlich befristet ausgesprochen wird), der Entzug der elterlichen Gewalt (der zeitlich unbefristet angeordnet wird) und das Berufsverbot (das zeitlich befristet erfolgt). Die erwähnte Fristen können durch den Richter aufgehoben bzw. vorzeitig aufgehoben werden, wenn sich der Verurteilte zwei Jahre ab Wirksamkeit der Nebenstrafe gut hielt, den Schaden nach Möglichkeit ersetzt hat und kein weiterer Missbrauch des entzogenen Rechts zu befürchten ist.

Die Rehabilitation ist die normale Beendigung der Nebenstrafe beim Entzug der elterlichen Gewalt und eine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit bei den anderen Nebenstrafen.

Oft wird auch die Löschung im Strafregister zur Rehabilitation gezählt (vgl. V), z.T. auch die Begnadigung, die Amnestie und die Abolition.

II. WIEDEREINSETZUNG IN DIE AMTSFÄHIGKEIT (ART. 77 STGB)

Verwiesen sei auf den Gesetzestext.

III. WIEDEREINSETZUNG IN DIE ELTERLICHE GEWALT UND DIE FÄHIGKEIT, VORMUND ZU SEIN (ART. 78 STGB)

Verwiesen sei auf den Gesetzestext.

IV. DIE AUFHEBUNG DES BERUFS- UND GEWERBEVERBOTS (ART. 79 STGB)

Verwiesen sei auf den Gesetzestext.

³² REHBERG 124, 133 f., 188-191; Stratenwerth 199 f., 517-520; GIGER, Das neue Strafregisterrecht, ZStrR 1993, 197 ff.

V. DIE LÖSCHUNG IM STRAFREGISTER (ART. 80 STGB)

Der Eintrag in das Strafregister ist eine sog. andere Massnahme (vgl. dazu Schema im Einführungsskript, S. 15).

A. Das Strafregisterrecht im allgemeinen

1. Allgemeines

Das Strafregisterrecht ist in Art. 62, 80, 99 und 359-364 StGB geregelt, ferner in der bundesrätlichen Verordnung über das Strafregister vom 21. Dezember 1973 sowie in kantonalen Erlassen.

Der Strafregistereintrag dient der Überwachung und Warnung. Er ist ein Hilfsmittel für die spätere Beurteilung des gleichen Täters (für die Frage der Bewährung beim bedingten Strafvollzug oder der bedingten Entlassung, für die Prognose im Hinblick auf den bedingten Strafvollzug nach einem neuen Delikt, bei einer Rückfalltat i.S. von Art. 67 StGB sowie im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Massnahme und für die Strafzumessung allgemein).

Er dient ferner dem Schutz der Öffentlichkeit, indem bei Bewilligungen und Anstellungen ein Strafregisterauszug vom Antragsteller verlangt werden kann.

Andererseits kann der Strafregistereintrag Interessen des Verurteilten verletzen. Dem wird Rechnung getragen, indem die Mitteilung aus dem Register beschränkt ist und der Eintrag nach einer gewissen Zeit gelöscht wird.

2. Arten der Register, Registerbehörden, Registerfälle

Gemäss Art. 62 sind Register über Strafurteile und sichernde Massnahmen zu führen.

Gemäss Art. 359 StGB führt das schweizerische Zentralpolizeibüro ein Register. Dieses enthält alle registrierungspflichtigen Verurteilungen im Gebiet der Schweiz und gemeldete Verurteilungen von Schweizern im Ausland.

Ferner führen die Kantone ein Register über Urteile der kantonalen Behörden und auswärtige Urteile ihrer Bürger.

Registriert werden alle Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen ohne Rücksicht auf die gefällte Sanktion (Art. 360 lit. a StGB), ferner bundesrechtliche Übertretungen bei Haft und in Sonderfällen bei Busse (Art. 360 lit. b StGB, Strafregisterverordnung Art. 9 Ziff. 2 und Ziff. 2^{bis}; BGE 120 IV 208). Registriert werden ferner entsprechende ausländische Verurteilungen (Art. 360 lit. c StGB).

Registriert werden schliesslich u.a. der bedingte Strafvollzug, die vorzeitige Löscharkeit der Busse, die bedingte Entlassung, Löschungen, der Widerruf des bedingten Strafvollzugs, die Begnadigung sowie die Rehabilitation bei Nebenstrafen.

In den Kantonen kann noch ein weiteres Register geführt werden, die kantonale Strafkontrolle (Strafregisterverordnung Art. 22 Abs. 1). Sie enthält Urteile, die nach eidg. Recht nicht eintragungspflichtig sind (Verurteilungen nach kantonalem Recht und bestimmte Übertretungen).

Der Bund führt ferner ein Register der Administrativmassnahmen gegenüber Fahrzeugführern (ADMAS). Darin werden auch Übertretungen, die nicht zu einer Haftstrafe führen, festgehalten, ferner eigentliche Administrativmassnahmen (Führerausweisentzüge und Verwarnungen).

3. Mitteilungen aus dem Strafregister, Abgabe von Strafregisterauszügen (Art. 363 Abs. 1 und 3 StGB, Strafregisterverordnung Art. 15-18)

Mitteilungen erfolgen an gerichtliche und andere Bundes-, Kantons- und Gemeindebehörden zu amtlichen Zwecken, ferner an Privatpersonen, allerdings nur über sich selbst.

4. Löschung des Eintrags (Art. 80 StGB)

Hier handelt es sich um einen Fall der Rehabilitation.

a. Zeitpunkt der Löschung

Grundsätzlich erfolgt die Löschung nach Bestehen der Probezeit beim bedingten Strafvollzug (Art. 41 Ziff. 4 StGB) und bei der bedingten Löscharkeit des Eintrags einer Busse gemäss Art. 49 Ziff. 4 (vgl. BGE 101 IV 19) und 106 Abs. 3 StGB.

Von Amtes wegen erfolgt die Löschung je nach Sanktionsart nach einer vom Gesetz vorgeschriebenen Zeit (Art. 80 Ziff. 1 Abs. 2-5 StGB).

Eine *vorzeitige Löschung* ist auf Gesuch des Verurteilten durch das Gericht möglich. Die Voraussetzungen sind in Art. 80 Ziff. 2 StGB geregelt. Das Urteil muss vollzogen sein, der Schaden muss im Rahmen des Zumutbaren ersetzt, bzw. die Busse bezahlt worden sein, und das Verhalten des Betroffenen muss die Löschung rechtfertigen. Art. 80 Ziff. 2 Abs. 6 StGB enthält eine noch kürzere Frist bei besonders verdienstlichem Verhalten (vgl. BGE 101 IV 139: z.B. Fürsorgearbeit in der Freizeit).

b. Wirkung der Löschung (Art. 363 Abs. 4 StGB)

Es erfolgt keine Entfernung des Eintrags, bloss eine Beschränkung der Bekanntgabe. Ein gelöschtes Urteil wird grundsätzlich nur an Strafbehörden und Begnadigungsbehörden sowie an Administrativbehörden beim Führerausweisentzug bekanntgegeben und nur bzgl. eines Strafverfahrens, indem die betreffende Person Beschuldigter ist (unter Hinweis auf die Löschung). Solche Vorstrafen dürfen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden; die Entfernung bzw. Löschung kann allerdings ein Indiz dafür sein, dass der Vorstrafe für die Sanktion keine grosse Bedeutung mehr zukommt (BGE 121 IV 3). Bei anderen Auskunftsberechtigten ist im Auszug ein gelöschter Eintrag nicht verzeichnet.

c. Gänzliche Entfernung (Art. 397bis Abs. 1 lit. h StGB und Verordnung über das Strafregister Art. 13)

Eine gänzliche Entfernung erfolgt bei Verstorbenen, bei über 80jährigen Personen sowie nach Ablauf bestimmter Fristen.

d. Jugendstrafrecht

Hier gelten besondere Bestimmungen (vgl. Art. 99 und 361 StGB)

5. Regelung in der Botschaft 1998

(vgl. Art. 368-374 Botschaft)

§ 14 DAS SYSTEM DER SANKTIONEN DES JUGENDSTRAFRECHTS³³

Es wird darauf verzichtet diesen Abschnitt ausformuliert darzustellen. Verwiesen sei auf die Vorlesung und den Gesetzestext (Art. 82-99 StGB), ferner auf das Einführungsskript, IV, Ziff. 2 sowie das [Lehrbuch § 15 N 22 f.](#) Wichtig ist, dass die einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts auch auf jugendliche Täter anwendbar sind. Die Besonderheiten des Jugendstrafrechts liegen bei den Sanktionen, den besonderen Sanktionsbestimmungs- und Sanktionsbemessungsregeln. Im Vordergrund stehen erzieherische und fürsorgerische Aspekte.

Die Botschaft 1998 betrifft auch das Jugendstrafrecht. Mit der Revision soll das Jugendstrafrecht vom Erwachsenenstrafrecht abgekoppelt und in einem separaten Erlass geregelt werden (Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht. Dabei wird der erzieherische Charakter des Jugendstrafrechts noch stärker betont als im geltenden Recht. Für das Jugendstrafverfahren sollen gewisse Minimalgarantien statuiert werden. Die Strafmündigkeit wird von 7 auf 10 Jahre heraufgesetzt. Jugendliche ab 16 Jahren, welche schwere Straftaten begangen haben, sollen neu mit Freiheitsentzug bis zu 4 Jahren bestraft werden können.

³³ REHBERG 210-256; SCHULTZ 218-251.