



Kurt Seelmann
Christopher Geth

Strafrecht Allgemeiner Teil

6., aktualisierte Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag



Kurt Seelmann/Christopher Geth

Strafrecht Allgemeiner Teil

6., aktualisierte Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3556-3

© 2016 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Vorwort zur 6. Auflage

Die 6. Auflage ist unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der wichtigsten einschlägigen Literatur auf dem Stand von Mai 2016 ergänzt und überarbeitet worden. Einige Passagen sind ausgebaut und um aktuelle Entwicklungen ergänzt worden. Dies gilt insbesondere für die 2015 beschlossene (erneute) Revision des Sanktionenrechts.

Der Charakter eines Kurzlehrbuchs konnte dennoch beibehalten werden. Das heisst insbesondere, dass nach wie vor nicht eine Vollständigkeit in der Darstellung oder bei den Belegen angestrebt worden ist, sondern eine Konzentration auf das für den ersten Zugang und die Repetition Wichtigste.

Im Zentrum stehen eine Einführung ins Strafrecht, die strafrechtliche Zurechnungslehre und ein Überblick über die strafrechtlichen Sanktionen. Der Veranschaulichung des Lehrstoffes dienen kurze Fälle und graphische Darstellungen.

Ab der 6. Auflage ist mit Christopher Geth ein weiterer Autor dazugekommen, der das Werk fortführen wird.

Zu danken für ihre Hilfe bei der Neuauflage ist diesmal insbesondere Nicolas Leu, Martin Seelmann und Dario Waber. Den Kollegen Marianne Hilf, Martino Mona und Jonas Weber sei für die vielen gewinnbringenden Diskussionen herzlich gedankt.

Basel, im Mai 2016

Kurt Seelmann und Christopher Geth

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 6. Auflage	V
Verzeichnis der Abkürzungen und abgekürzt zitierter Standardwerke	XIII
Teil 1	
Einführung in das Strafrecht	1
A. Aufgaben und Ziele des Strafrechts	4
I. «Rechtsgüterschutz»	4
1. Orientierung am potentiellen Opfer	4
2. Versuch zur Eingrenzung einer moralisierenden Strafrechtskonzeption	5
II. «Sozialschädlichkeit» und «ultima-ratio-Prinzip»	6
III. «Rechtsgüterschutz», «Sozialschädlichkeit» und «ultima-ratio-Prinzip»: Die Folgen der Folgenorientierung	8
B. Die Straftat als reales Geschehen	9
I. Ursachenforschung und Paradigmawechsel	9
1. Biologische Theorien	9
2. Sozialisationstheorien	10
3. Sozialstrukturelle Theorien der Kriminalität	10
4. Theorie des «labeling approach»	11
II. Der Sanktionstrichter	12
C. Die Entwicklung eines Strafrechtsfalls	14
I. Rechtliche Grundlagen für das Strafrecht	14
1. Das materielle Strafrecht	14
2. Das Strafverfahrensrecht	15
II. Der Ablauf eines Strafverfahrens im Überblick	15
III. Aufgaben des Prozessrechts	19
IV. Das Zusammenspiel der Gesetze: Materielles Recht und Prozessrecht	20
V. Sachverhalt und Tatbestand	20
D. Die Stellung des Strafrechts in der Rechtsordnung und die «Straftheorien»	22
I. Unterschiedliche Konfliktlösungsstrategien in unterschiedlichen Rechtsgebieten	22
II. Die Straftheorien	24
E. Der Aufbau des StGB	28

Teil 2

Allgemeiner Teil des Strafrechts	31
A. Prinzipien des materiellen Strafrechts	34
I. Das Gesetzmässigkeitsprinzip	34
1. Bestimmtheitsgebot	34
2. Rückwirkungsverbot (= Verbot strafschärfenden, rückwirkenden Rechts)	35
3. Analogieverbot (= Verbot einer Analogie zu Ungunsten des Täters)	35
4. Verbot strafschärfenden Gewohnheitsrechts	36
B. Räumlicher Geltungsbereich des Schweizerischen Strafrechts («Internationales Strafrecht»)	37
C. Zurechnungslehre	39
I. Objektiver Tatbestand: Kausalität und objektive Zurechnung	41
1. Kausalität: Äquivalenztheorie	41
2. Adäquanztheorie?	44
3. Objektive Zurechnung	46
4. Einwilligung des Rechtsgutsträgers	48
a) Allgemeines	49
b) Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung	50
II. Subjektiver Tatbestand	54
1. Vorsatz	55
a) Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit; der Begriff des Vorsatzes	55
b) Irrtümer und Abirrungen	57
aa) Tatbestandsirrtum	57
bb) Irrtum über den Kausalverlauf	58
cc) «aberratio ictus und error in persona vel objecto»	60
2. Zusätzliche subjektive Tatbestandsmerkmale	64
III. Rechtfertigung	65
1. Rechtfertigender Notstand, Art. 17 StGB	67
a) Notstandslage: Unmittelbare Gefahr für ein Individualrechtsgut	68
b) Notstandshandlung	69
aa) Eignung	69
bb) Erforderlichkeit (Subsidiarität)	69
cc) Interessenabwägung	69
dd) Rettungswille	71
ee) Grenzen der Güterabwägung	72
2. Ergänzungen zum rechtfertigenden Notstand	73
a) Pflichtenkollision	73

b)	Übergesetzlicher Notstand	73
c)	Wahrnehmung berechtigter Interessen	74
3.	Mutmassliche Einwilligung	74
a)	Begriff	75
b)	Voraussetzungen	76
4.	Rechtfertigende Notwehr, Art. 15 StGB	77
a)	Notwehrlage	78
b)	Notwehrhandlung	79
c)	Verteidigungswille	82
5.	Gesetzlich erlaubte Handlung, Art. 14 StGB	83
IV.	Schuld	84
1.	Normativer Schuldbegriff	84
2.	Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit, Art. 19 Abs. 1–3 StGB, insbesondere Alkohol	86
3.	Art. 19 Abs. 4 und die «actio libera in causa»	88
4.	Schuldfähigkeit von juristischen Personen?	89
5.	Irrtumsprobleme	91
a)	Irrtum über eine rechtfertigende Sachlage	91
b)	Verbotsirrtum	93
c)	Tableau über die wichtigsten Irrtumsarten	95
aa)	Irrtum über die Tatbestandsmässigkeit einer Handlung	95
bb)	Irrtum über die Rechtswidrigkeit der tatbestandsmässigen Handlung	96
6.	Entschuldbarer Notstand, Art. 18	96
7.	Entschuldbarer Notwehrexzess, Art. 16	99
8.	Irrtum über eine Entschuldigung	101
V.	Das vorsätzliche vollendete unechte Unterlassungsdelikt	102
1.	Tatbestand	107
a)	Objektiver Tatbestand	107
aa)	Taterfolg durch Handeln verursacht oder nur Unterlassung (Abgrenzung Handeln/Unterlassen)?	107
bb)	Handlungsmöglichkeit und hypothetische Kausalität	111
(1)	Handlungsmöglichkeit	111
(2)	Hypothetische Kausalität	112
cc)	Garantenstellung	113
dd)	Zumutbarkeit	118
b)	Subjektiver Tatbestand	120
2.	Rechtswidrigkeit: Pflichtenkollision	121
3.	Schuld: Gebotsirrtum	121
4.	Vorwurfsidentität	123
5.	Strafmilderung	124
VI.	Versuch und Vorbereitung	124
1.	Tatentschluss	124

2.	Beginn der Ausführung	125
a)	Handlungsdelikte	125
b)	Unterlassungsdelikte	129
3.	Untauglicher Versuch und Wahndelikt	130
a)	Untauglicher Versuch	131
b)	Wahndelikt	133
c)	Abgrenzungsprobleme zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt	133
aa)	«Untaugliches Subjekt»	133
bb)	Vorfeldirrtümer	134
cc)	Irrtümer und ihre Umkehrungen	135
4.	Rücktritt und tätige Reue	136
a)	Grund für die Privilegierung	137
b)	Anforderungen an den Rücktritt und die tätige Reue	137
aa)	Allgemeines	137
bb)	Besonderheiten beim unbeendeten Versuch	138
cc)	Besonderheiten beim beendeten Versuch	138
dd)	Besonderheiten beim untauglichen und fehlgeschlagenen Versuch	139
ee)	Besonderheiten bei mehreren Tatbeteiligten	139
ff)	Freiwilligkeit («aus eigenem Antrieb»)	140
5.	Vorbereitung als selbständiges Delikt	142
VII.	Täterschaft und Teilnahme	143
1.	Allgemeines	144
2.	Abgrenzungskriterien	145
3.	Mittelbare Täterschaft	146
a)	Erscheinungsformen der mittelbaren Täterschaft	148
b)	Möglichkeit der Täterschaft hinter dem Täter?	150
4.	Mittäterschaft in Abgrenzung zur Gehilfenschaft	152
a)	Mittäterschaft	153
aa)	Gemeinsamer Tatentschluss	153
bb)	Gemeinsame Tatausführung	154
b)	Gehilfenschaft	156
5.	Anstiftung	158
6.	Besondere persönliche Verhältnisse (Art. 27 StGB)	162
a)	Allgemeines	162
b)	Allgemeine Übersicht über Akzessorietätslockerungen i.S. des Art. 27 StGB anhand von Beispielen	163
7.	Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt	164
a)	Die Beteiligung am Unterlassungsdelikt	164
b)	Die Beteiligung durch Unterlassen	164
VIII.	Fahrlässigkeit	166
1.	Allgemeines	166
2.	Vorhersehbarkeit und Sorgfaltspflichtverletzung	168

a)	Inhalt der Vorhersehbarkeit und der Sorgfaltspflicht	170
b)	Individueller Massstab	170
c)	Herkunft der Sorgfaltsregeln	172
d)	Geschäftsherrenhaftung	173
3.	Objektive Zurechenbarkeit	174
4.	Rechtswidrigkeit	179
5.	Fahrlässigkeitsschuld	179
6.	Sonderfragen zur Fahrlässigkeit	180
a)	«Risikoeinwilligung»	180
b)	Teilnahme	180
c)	Unterlassen	181
IX.	Konkurrenzen	182
1.	Allgemeines	182
2.	Unechte Konkurrenz (Gesetzeskonkurrenz)	183
a)	Logisch-teleologisch zu begründender Vorrang: Spezialität	184
b)	Rein teleologisch zu begründender Vorrang: Subsidiarität und Konsumtion	185
3.	Echte Konkurrenz	188
a)	Einfache Handlungseinheit	189
b)	Natürliche Handlungseinheit	189
c)	Juristische Handlungseinheit	190
d)	Fortsetzungszusammenhang	190
e)	Teilidentität und Klammerwirkung	191
D.	Rechtsfolgen	193
I.	Das Strafsanktionenrecht	195
1.	Systematik	196
2.	Geldstrafe	198
3.	Gemeinnützige Arbeit	200
4.	Freiheitsstrafe	201
5.	Bedingte und teilbedingte Strafen	203
6.	Strafvollzug	205
a)	Zuständigkeit	205
b)	Stationärer Vollzug	207
c)	Alternativer Vollzug kurzer Freiheitsstrafen	210
d)	Vollzug von stationären Massnahmen	211
II.	Grundsätze der Strafzumessung	213
1.	Bestimmung des ordentlichen Strafrahmens	214
2.	Strafmilderungs- oder Strafschärfungsgründe (Bestimmung des im Einzelfall nach oben oder unten erweiterten Strafrahmens; Art. 48–49)	214
a)	Erweiterung des Strafrahmens nach unten (Strafmilderung Art. 48, 48a)	214

b)	Erweiterung des Strafrahmens nach oben (Strafschärfung, Art. 49)	216
c)	Strafbefreiung (Art. 52–55)	216
3.	Strafzumessung im engeren Sinne	217
a)	Bestimmung des Unrechtsgehalts/der Schwere der Tat	218
aa)	Objektive Faktoren («Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts»)	218
bb)	Subjektive Faktoren («Verwerflichkeit des Handelns»)	219
b)	Bestimmung des Schuldgehalts der Tat	219
aa)	Beweggründe und Ziele (Art. 47 Abs. 2)	220
bb)	Vorleben (Art. 47 Abs. 1)	220
cc)	Persönliche Verhältnisse (Art. 47 Abs. 1)	220
dd)	Verhalten des Staates	221
c)	Berücksichtigung weiterer Faktoren bei der Strafzumessung, u.a. «Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» (Art. 47 Abs. 1)	221
	Schlagwortverzeichnis	223

Teil 1

Einführung in das Strafrecht

In der Einführung geht es zunächst um die Aufgaben und Ziele des Strafrechts (A),¹ also um Fragen des Rechtsgüterschutzes und anderer limitierender Prinzipien des Strafrechts. Es folgt ein Abschnitt über die Straftat als reales Geschehen (B), also die Wirklichkeit von Straftat, Straftäter und Strafrecht. Ein weiterer Abschnitt gilt der Entwicklung eines Strafrechtsfalls (C), befasst sich also mit der Vorgehensweise des Strafrechts im materiellen Strafrecht und insbesondere im Strafverfahrensrecht.

Weiter geht es um die Stellung des Strafrechts in der Rechtsordnung und um die² «Straftheorien» (D), also um die Besonderheiten und die Legitimation des Strafrechts. Zum Abschluss dieser Einführung wird ein kurzer Überblick über den Aufbau des Strafgesetzbuches gegeben (E).

A. Aufgaben und Ziele des Strafrechts

Literatur Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990; Naucke, Strafrecht. Eine Einführung, 10. Aufl., Frankfurt a.M. 2002, §§ 4–5; Riklin, § 4; Stratenwerth, §§ 1–3.

Übungsliteratur Maihold, N. 7–20.

I. «Rechtsgüterschutz»

1. Orientierung am potentiellen Opfer

Literatur Köhler, 24; Seelmann, Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, JZ 1989, 670–676; Stratenwerth, § 1–3; ders., Zum Begriff des «Rechtsgutes», FS-Lenckner, München 1998, 377–391; ders., Zur Legitimation von «Verhaltensdelikten», in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, 157–165.

- 3 Wenn man die Aufgabe des Strafrechts, wie es heute noch weithin üblich ist, im «Rechtsgüterschutz» sieht, so bedeutet dies, dass man rechtlich geschützte Gegenstände des Interesses *potentieller* Opfer durch die aktuelle Verhängung oder die Androhung strafrechtlicher Sanktionen glaubt schützen zu können. Dahinter steht die Vorstellung, Strafandrohung oder Strafverhängung schrecken für die Zukunft von der Begehung von Straftaten ab.¹ Dies ist als Zwecksetzung für Strafe keine Selbstverständlichkeit. Neuere Überlegungen gehen dahin, die Entschädigung und Hilfe für das aktuelle Opfer der jeweiligen Straftat, den «Täter-Opfer-Ausgleich», soweit möglich zum Strafziel zu erklären,² was natürlich das Verständnis vom Strafrecht und seine praktische Ausgestaltung stark verändern würde. Nicht mehr primär das potentielle Opfer, sondern das *aktuelle* Opfer wäre, ähnlich wie beim zivilrechtlichen Schadensersatz, der Orientierungspunkt für das Strafrecht. Ältere Zwecksetzungen wiederum sehen als Ziel der Strafe religiös verstandene Tatvergeltung, Sühne oder gar Besänftigung Gottes.³ Dass nur Rechte zu schützen seien, ist ein Gedanke, der in der Aufklärung gegen Ende des 18. Jahrhunderts aufkam. Er ist also die Strafzielbestimmung der «klassischen Moderne», die sich vorgenommen hat, nur einen Teilbereich sozialer Normen als «Recht» anzuerkennen und nur diese Rechtsnormen mit Zwang durchzusetzen.⁴

1 Siehe dazu die Hinweise zu den Straftheorien, unten N. 61 ff.

2 So etwa Art. 53, allerdings im Rahmen der Strafzumessung, vgl. unten Teil 2, N. 608).

3 Siehe dazu die Hinweise zu den Straftheorien, unten N. 61 ff.

4 Zu dieser Unterscheidung des Recht gegenüber anderen ähnlichen kulturellen Phänomenen, vgl. Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 3.

Kurze Zeit später hat man den Begriff des «Rechtsgüterschutzes» vorgezogen, vor allem um zu verdeutlichen, dass auch Gegenstände des Interesses der Allgemeinheit geschützt werden. Mit dieser Modifikation beherrscht das Gedankengut der Aufklärung auch heute noch überwiegend die strafrechtliche Literatur. Dies macht deutlich, dass es beim Strafrecht um den Schutz des Zusammenlebens im Sinne einer wechselseitigen Anerkennung der Einzelnen als freie, rechtlich gleiche und selbständige Personen mit ihren Gütern wie Leben, Körperintegrität, Freiheit und Eigentum sowie um die gesellschaftlichen Voraussetzungen dafür z.B. in der allgemeinen staatlichen Verfasstheit oder dem Funktionieren der Justiz, geht.

2. Versuch zur Eingrenzung einer moralisierenden Strafrechtskonzeption

Literatur Feinberg, Harm to Others – the Moral Limits of Criminal Law, New York/Oxford 1987; Hassemer, 22–27; Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003; von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten im Strafrecht, Baden-Baden 2010; Jakobs, 2, 16–25 und 41–46; Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 3 N. 11–46; Zürcher, Legitimation von Strafe, Tübingen 2014.

Historisch kann man «Rechtsgüterschutz» nur verstehen als den Versuch, rein moralische Strafziele auszuschliessen. Das Strafrecht soll, nach der aufklärerisch-liberalen Tradition, nicht eine bestimmte Moral aufrechterhalten, sondern nur *Rechte* oder vom *Recht* anerkannte Güter schützen, und dies bei individuellen Rechtsgütern auch nur, wenn dem Betroffenen an diesem Schutz etwas liegt. Will der Gesetzgeber etwas für strafbar erklären, so muss er ein *Opfer* innerhalb der *Rechtsordnung* nennen und muss genau die *Verletzung* bezeichnen, die ein solches Opfer durch eine bestimmte Tat erfährt. Strafvorschriften gegen Gotteslästerung, sexuelle Handlungen mit Tieren, gleichgeschlechtlichen Sexualverkehr o.ä. lassen sich in einem am Rechtsgüterschutz orientierten Strafrecht aus *heutiger* Sicht nicht mehr halten. 4

Man muss sich freilich auch die begrenzte Tragweite einer solchen aufklärerisch-liberalen Begrenzung des Strafrechts vergegenwärtigen: Was hindert den Gesetzgeber, ein Interesse der Gläubigen, dass ihr Bekenntnis nicht verunglimpft wird,⁵ ein Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Menschenwürde in dem Sinne, dass sie durch sexuelle Handlungen mit Tieren verletzt wird, oder ein Interesse der Mehrheit am Verbot homosexueller Betätigung etc. rechtlich anzuerkennen und die Verletzer solcher Rechte zu strafen? Das «Rechtsgut» kann sich leicht «verflüssigen», «entmaterialisieren» – oder gar von seinem Träger abspalten, mit der Folge, dass das Strafrecht, wie beim Verbot der Tötung auf Verlangen oder des Verkaufs eigener Organe, den Einzelnen vor sich selbst «paternalistisch», also in seinem «wohlverstandenen» (folglich von ihm selbst nicht richtig verstandenen) Interesse schützt. Genau genommen bedeutet «Rechtsgüterschutz» als Zweckbestimmung des Strafrechts also praktisch nur: Wer etwas für strafbar erklärt haben will, trägt die «Argumentationslast» dafür, dass das jeweilige Verhalten nach dem jeweiligen historischen Verständnis genau definierte Rechte anderer verletzt. 5

5 Vgl. Art. 261.

- 6 Das Konzept des Rechtsgüterschutzes ist allerdings nur bedingt geeignet, rein moralische Ziele aus dem Strafrecht fernzuhalten: Es gibt offenbar ein Bedürfnis nach Straftatbeständen, die ohne Vermittlung über den Schutz von Rechtsgütern direkt bestimmte Normen und damit die allgemeine Orientierungssicherheit oder den sozialen Frieden schützen sollen.⁶ Sofern man solche Bedürfnisse für berechtigt hält, entsprechen ihnen auch Rechte Einzelner – etwa auf Wahrung ihrer Orientierungssicherheit. Unproblematisch ist das nicht, macht man sich damit doch u.U. von moralischen Gefühlen abhängig, die man mit dem Mittel der Strafe anderen aufzwingt. Kriterien für akzeptable und nichtakzeptable Tatbestände kann ein solcher unmittelbarer Durchgriff auf Orientierungsbedürfnisse zudem eben so wenig bieten wie ein Konzept von Rechtsgüterschutz.
- 7 Vielleicht wäre es dann aber einer Klarheit der Debatte förderlicher, wenn man, wie in der englischsprachigen Diskussion, diejenigen Gründe genauer untersuchen und benennen würde, die neben der Verletzung individueller Rechte (nach dem «harm principle») auch noch dazu geeignet sein könnten, Strafe zu legitimieren. Denkbar wären als Begründung für Strafe auch besonders intensive Belästigungen anderer («offense principle»)⁷. Auf keinen Fall sollte dies aber dazu führen, dass man vor verbreiteten Straßbedürfnissen schlicht kapituliert und eine möglichst rationale Begründung für die Kriminalisierung bestimmter Handlungen oder Unterlassungen gar nicht mehr verlangt.
- 8 In der deutschsprachigen Debatte wird demgegenüber eher versucht, ein weites Rechtsgutskonzept prinzipiell beizubehalten und erst in einem zweiten Schritt mit Einschränkungen zu versehen.

II. «Sozialschädlichkeit» und «ultima-ratio-Prinzip»

Literatur Prittwitz, Subsidiär, fragmentarisch, ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen von Strafrechtsbeschränkungspostulaten, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a.M. 1995, 387; Wohlers, Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt? in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, 54–69.

- 9 Der Gedanke der «Sozialschädlichkeit» schränkt in diesem Sinn das Strafrecht gegenüber den Zielbestimmungen des «Rechtsgüterschutzes» weiter ein. Nicht jedes Verhalten, das ein Rechtsgut oder Orientierungsinteresse verletzt, soll strafbar sein – um die Wiedergutmachung eines erlittenen Unrechts muss sich der Einzelne grundsätzlich selbst kümmern, er ist auf den Zivilrechtsweg verwiesen. Nur die «sozialschädlichen» Rechtsgutsverletzungen, die zusätzlich zum Opfer auch die Gesellschaft insgesamt

6 So z.B. Art. 175: Üble Nachrede oder Verleumdung gegen Verstorbene; Art. 194: Exhibitionismus; Art. 213: Inzest unter Erwachsenen; Art. 262: Störung des Totenfriedens. Ausführlich zu derlei Tatbeständen Hörnle, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt a.M. 2005.

7 Dazu mehrere Beiträge in Hefendehl/von Hirsch/Wohlers.

schädigen, die den sozialen Frieden gefährden, sollen strafwürdig sein. Und auch unter ihnen nicht alle, sondern nur die, gegen die es keine anderen, mit weniger Eingriffen verbundenen Mittel (etwa im Zivilrecht, im Steuerrecht, im Sozialrecht etc.) gibt: Strafrecht ist nach ganz herrschender Meinung angesichts seines weitreichenden Eingriffs in Freiheit und Eigentum der Einzelnen nur die äusserste Option, die «ultima ratio», zu dem Zweck, sozialschädliche Rechtsgutsverletzungen zu verhindern.

Auch bei der Sozialschädlichkeit sollte man allerdings die strafbegrenzende Wirkung des Konzepts nicht überschätzen. In einer Gesellschaft, die gerade durch religiöse Inhalte integriert ist, wird man z.B. das Abweichen von bestimmten Glaubensinhalten als eminent sozialschädlich einstufen, weil es den Zusammenhalt der ganzen Gesellschaft unterminieren kann. In einer Gesellschaft mit einer einheitlichen und fest umrissenen Sexualmoral können Abweichungen in diesem Bereich, kann schon allein der Ehebruch, als höchst gefährlich («sozialschädlich») und friedensstörend eingestuft werden. Es ist also weniger ein Erfolg des Konzepts der «Sozialschädlichkeit», dass das Strafrecht sich im Lauf der letzten Jahrzehnte aus manchen Bereichen privater Lebensführung zurückgezogen hat, sondern schlicht die Folge der Entwicklung zu einer pluralistischeren Gesellschaft, die nicht mehr über einheitliche religiöse und moralische Standards integriert wird und die sich durch Abweichungen vom Üblichen in diesen Bereichen nicht mehr insgesamt in Frage gestellt sieht.

Die Relevanz des «ultima-ratio-Prinzips» hängt gleichfalls davon ab, wer mit ihm arbeitet. Wer als Gesetzgeber wenig Phantasie oder wenig Geld hat, wird das Strafrecht als vergleichsweise einfaches und billiges Instrument komplexeren und teureren Instrumenten von geringerem Eingriffscharakter vorziehen, vielleicht diese in eine Vergleichsüberlegung gar nicht mit einbeziehen. Ist die Strafverfolgung des Schwangerschaftsabbruchs wirklich die ultima ratio – oder lässt sich das Ziel der Verhinderung möglichst vieler Schwangerschaftsabbrüche durch andere, z.B. sozialrechtliche Massnahmen besser erreichen?⁸ Taugt die Kriminalisierung privaten Betäubungsmittelkonsums zur Eindämmung von Betäubungsmittelmissbrauch oder fördert sie diesen durch die Verursachung nach aussen abgeschotteter Subkulturen? Ist das Umweltstrafrecht ein besonders billiges Alibi für zu geringe Aktivitäten beim tatsächlichen Umweltschutz? Ist Strafrecht in manchen Konfliktbereichen vielleicht kontraproduktiv? Eine Debatte hierüber entsteht erst langsam.⁹

Eine weitere Schwierigkeit ist beim Umgang mit dem «ultima-ratio-Prinzip» zu beachten: Nicht immer ist klar, ob der Eingriff z.B. mit steuer- oder verwaltungsrecht-

⁸ Durch die Revision von Art. 119 (in Kraft seit dem 1. Oktober 2002) wird die Entscheidung über eine Abtreibung in den ersten zwölf Schwangerschaftswochen der Schwangeren selbst überlassen, die sich vor dem Abbruch einer Schwangerschaft ärztlich beraten lassen muss.

⁹ Das Thema wird an einem zentralen Beispiel veranschaulicht bei Seelmann, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 1257–1262; vgl. ausserdem Stratenwerth, §§ 1–3. Zur problematischen Wiederentdeckung des Strafrechts als ordnungspolitisches Instrument vgl. auch Oberholzer, Zwischen «Kopf ab» und «Händchen halten» – von den neueren Entwicklungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, forumpoenale 2008, 46–50 (bes. 47).

lichen Mitteln wirklich von geringerer Intensität ist, da gerade strafrechtliche Sanktionen in der Strafprozessordnung weitgehende Rechte von Beschuldigten vorsehen und besonderen rechtsstaatlichen Kontrollen unterliegen. Gerade die zuletzt genannte Konsequenz verführt den Gesetzgeber dazu, Verwaltungsbehörden unter Umgehung der strafprozessual garantierten Selbstbelastungsfreiheit strafrechtsähnliche Kompetenzen zuzubilligen.¹⁰ Auch mag es Fälle geben, in denen die symbolisch-expressive Darstellung der Unerwünschtheit des inkriminierten Verhaltens durch das Strafrecht bei einer Abwägung mit anderen Mitteln politisch gerade erwünscht ist.¹¹

III. «Rechtsgüterschutz», «Sozialschädlichkeit» und «ultima-ratio-Prinzip»: Die Folgen der Folgenorientierung

Literatur Frisch, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, 16; Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 2 N. 40–70; von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediation Principles – Begrenzungskriterien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006

- 13 Wie auch immer man die Fragen beantwortet – ihre seriöse Erörterung erfordert Wissen über die Eignung des Strafrechts zu bestimmten Zielen, über das reale Geschehen, das wir Kriminalität nennen, über die Gründe, die zu kriminellem Verhalten führen, über die Gründe, über den Ablauf und die realen Folgen strafrechtlicher Sanktionen. Das liegt zum einen daran, dass man Recht nicht nur als eine Gesamtheit von Normen begreifen sollte, sondern auch als soziales Geschehen, letztlich als ein an bestimmten Zielen orientiertes Interaktionsverhältnis. Für das Strafrecht kommt zum anderen noch ein besonderer Grund hinzu: Wer dem Strafrecht soziale Zwecke zuschreibt (und es nicht als Instrument zur Herstellung göttlicher Gerechtigkeit sieht), argumentiert «folgenorientiert», misst also das Strafrecht an seinen positiven oder negativen individuellen und gesellschaftlichen Wirkungen. Eine Beschäftigung mit den empirischen Grundlagen der behaupteten Folgen ist deshalb unumgänglich.

10 Ausführlich dazu: Macula, Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, Zürich 2016; vgl. auch Geth, Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, in: Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, 141 ff.

11 Zur begrenzten Reichweite des Prinzips Wohlers, Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: Mediating Principles S. 54 ff.

ren, dass wir ergründen wollen, warum in diesen Fällen ein *Plus* hinzutritt, eine staatliche Sanktion, die an Höhe (Geldstrafe), zum Teil sogar in ihrer Art (Freiheitsstrafe) wesentlich über das hinausgeht, was nach Zivilrecht an Schadenersatz ohnehin geschuldet wird. Die Antwort, die man häufig hört, ist etwa wie folgt: Wenn in solchen Fällen auch noch gestraft wird, liegt dies daran, dass hier nicht nur das konkrete Opfer, sondern die Gesellschaft insgesamt geschädigt ist; der Täter «schuldet» gewissermaßen «der Gesellschaft» zusätzlich etwas, eben wegen seines (vgl. oben N. 9 ff.) «sozialschädlichen» Verhaltens. Aber inwiefern ist die Gesellschaft verletzt, wenn *ein* Mensch verletzt oder *einem* Menschen eine Sache gestohlen wird? Die Antwort könnte, wenn man zweckrational zu argumentieren versucht, folgende sein: Durch diese eine Tat, wenn sie bekannt wird, könnten andere potentielle Täter verführt werden, ebenso zu handeln; das Verhalten könnte um sich greifen und so, sei es durch Schädigung einer Vielzahl von Personen, sei es durch Gefahren, die aus unbedachten (Über-) Reaktionen der Opfer resultieren, den Frieden in der Gesellschaft stören.

Ein solches zweckrationales Argument sieht sich verschiedenen Fragen ausgesetzt: In 59
welchem Umfang stimmt die Prämisse, dass die konkrete Bestrafung des einen die anderen vor ähnlichen Taten abschreckt – und in welchem Umfang macht sie ihrerseits die Tat erst bekannt oder ist wegen der negativen Folgen für den Bestraften (Begünstigung des Rückfalls gerade durch Strafe) und für das Opfer (der Täter im Freiheitsentzug oder nach Zahlung der Geldstrafe kann seinen zivilrechtlichen Verpflichtungen dem Opfer gegenüber häufig nicht mehr nachkommen) für das angegebene Ziel sogar kontraproduktiv? Die Kriminologen, also diejenigen, die Ursachen und Folgen von Straftaten und Strafe empirisch untersuchen (vgl. oben N. 14 ff.), streiten über die richtige Antwort. Ausserdem ergeben sich zusätzliche Fragen: Wird nicht in vielen Fällen – die abschreckende Wirkung von Sanktionen einmal generell unterstellt – schon der Zwang zum Ersatz des Schadens (also allein die zivilrechtliche Folge) potentielle Täter jedenfalls dann von der Tat abhalten, wenn sie mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit mit einer Aufklärung der Tat rechnen müssen? Und ein weiteres ethisches Problem: Ist es überhaupt und gegebenenfalls inwieweit moralisch vertretbar, jemandem um der Einwirkung auf *andere* willen von Staats wegen Leid zuzufügen?

Eine andere Antwort auf die Frage nach der Legitimation von Strafe, gerade angesichts 60
solcher zusätzlicher Fragen, könnte, wenn man eher in der Tradition der idealistischen Philosophie argumentiert, die folgende sein: Durch die Straftat entziehe der Täter dem Opfer die geschuldete Anerkennung als ein mit ihm in gleicher Weise freies Rechtssubjekt. Da diese Anerkennung aber auf Gegenseitigkeit beruhe (von einem minder Freien anerkannt zu werden, ist weniger wert als von einem in gleicher Weise Freien) und die Rechtsgemeinschaft auf einem Geflecht gegenseitiger Anerkennungen als Rechtssubjekte fusse, entziehe der Täter durch die Tat zugleich der Rechtsgemeinschaft die Anerkennung. Zur Wiederherstellung einer funktionierenden rechtlichen Interaktion müsse deshalb der rechtliche Status des Täters seinerseits – durch Strafe – reduziert werden, damit er wieder als Gleicher unter Gleichen leben könne. Eine solche Argumentation wäre vielleicht eher in der Lage, neuere Strömungen zu begünstigen, die «Wiedergutmachung statt Strafe» fordern: Warum soll der Täter dann, wenn er die Gemeinschaft **im Opfer** (d.h. in dessen Eigenschaft als Rechtssubjekt) verletzt

hat, nicht – gewissermassen umgekehrt – das «der Gesellschaft Geschuldete» durch Wiedergutmachung gegenüber dem Opfer aufbringen? Das Strafrecht würde sich dadurch allerdings dem Zivilrecht annähern. Diese Frage des sogenannten «Täter-Opfer-Ausgleichs» beschäftigt die Rechtswissenschaft gerade heute wieder.⁴⁴ Der neue AT des StGB hat gewichtige Änderungen im Sanktionensystem hervorgebracht, die dem Wiedergutmachungsgedanken verstärkt Rechnung tragen. So ist in gewissen Fällen nach erfolgter Wiedergutmachung des durch die Straftat verursachten Schadens eine Befreiung von Strafe möglich (vgl. Art. 53). Strafrechtlich ist an einer solchen dem Zivilrecht angenäherten Konzeption immer noch die Abnahme des Prozessrisikos durch den Staat sowie die traditionelle staatliche Strafe als Auffangposition bei einem Unterbleiben der Wiedergutmachung.

II. Die Straftheorien

Literatur H.J. Albrecht, Stichwort «Generalprävention» in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, 157–164; BSK-Bommer, Vor Art. 19 N. 45–50; Brunhöber (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, Stuttgart 2014; Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), §§ 96 ff., in: Suhrkamp-Ausgabe Bd. 7, 183 ff.; Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Rechtslehre II. Teil, I. Abschnitt, Allg. Anmerkung E zu § 45, in: Insel-Ausgabe Bd. IV, 455; Köhler, 37–58; Maihold, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Köln/Weimar/Wien 2005; Pieth, Strafrechtsgeschichte, Basel 2015, 62 ff.; Roxin, § 3 N. 1–62; Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 2 N. 68 ff.; Seelmann, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion – Hegels Straftheorien, Freiburg i.Br./München 1995, 63–79; Spycher, Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe, Tanusstein 2013; Zürcher, Legitimation von Strafe, Tübingen 2014.

- 61 Über den Zweck der Strafe wird schon seit der Antike philosophiert. Dabei stand zunächst der Präventionsgedanke im Vordergrund (Platon, Seneca), bis in der christlichen Ethik seit dem Hochmittelalter die Vergeltung des Ordnungsbruches in den Vordergrund rückte. In Thomas von Aquins dreiteiligem Strafbegriff steht die Vergeltungsstrafe im Mittelpunkt, die er auch «eigentliche Strafe» (*poena ratione poenae*) nennt. Dies hindert ihn jedoch nicht daran, auch andere Zwecke als den der Vergeltung unter den Strafbegriff zu fassen, nämlich einerseits die Prävention (*poena medicinalis*, entspricht heute in den Grundzügen den Massnahmen) und andererseits die Wiedergutmachung (*poena satisfactoria*, entspricht heute in den Grundzügen dem zivilrechtlichen Schadenersatz bzw. dem Täter-Opfer-Ausgleich). In der Naturrechtslehre des 16. Jahrhunderts wird dieser theologisch aufgeladene Strafbegriff über das kanonische Recht in das weltliche Strafrecht eingepflanzt und die Strafe mehr und mehr auf die Vergeltung der Sündenschuld reduziert, während Prävention und Wiedergutmachung anderen Rechtsgebieten zugeordnet werden. Parallel dazu entwickelt sich der Gedanke, dass Strafe einen sittlichen Vorwurf begründet.⁴⁵

⁴⁴ Vgl. Kanyar, Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht, Basel 2008.

⁴⁵ Dazu Maihold, Strafe für fremde Schuld?, 152 ff., 181 ff.

Spätestens seit dem 18. Jahrhundert wird jenes Plus, das strafrechtliche Sanktionen von zivilrechtlichen unterscheidet, also jener weit schwerer wiegende staatliche Eingriff in die Rechte der Bürger, nicht mehr für selbstverständlich gehalten. Die Legitimation des Strafrechts wird seither umfassend diskutiert. Folgende Legitimationsmodelle bzw. Straftheorien werden erörtert: Man differenziert heute üblicherweise zunächst zwischen zwei grossen Gruppen von Straftheorien, den «absoluten» und den «relativen».⁴⁶ Für die «absoluten» Straftheorien gilt, dass sie in nützlichen Zwecken der Strafe für die Gesellschaft noch keine hinreichende Legitimation sehen, sondern eine Begründung der Strafe gerade gegenüber dem Straftäter fordern. Die «relativen» Theorien hingegen begnügen sich für die Legitimation der Strafe mit deren gesellschaftlich nützlichen Wirkungen. Gemeinsam ist freilich heute allen Straftheorien, dass gesellschaftlich nützliche Zwecke der Strafe zumindest als eine Voraussetzung für die Legitimation angesehen werden, auch von den «absoluten» Theorien.

Das war nicht immer so. Die «absolute» Straftheorie von Kant etwa setzte sich bewusst in Gegensatz zu «relativen» Theorien, verstand unter dem Sinn der Strafe allein die Herstellung einer in religiösen Metaphern gefassten Gerechtigkeit unter ausdrücklicher Ausblendung sozialer Ziele. Berühmt ist Kants «Inselbeispiel»:

«Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinanderzugehen, um sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat . . .»⁴⁷

Viele Autoren, selbst in Lehrbüchern, verstehen freilich auch heute noch, wenn sie von einer «absoluten» Straftheorie sprechen, einen vergleichsweise wenig ambitionierten Legitimationsversuch im Sinne Kants. Dass schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts andere «absolute» Theorien entwickelt wurden, zeigt z.B. das hier (oben N. 60) referierte Modell, das in seinen Grundzügen von Hegel⁴⁸ herrührt.

Die «relativen» Theorien unterteilt man heute üblicherweise in solche, die den Strafzweck der «Spezialprävention», und solche, die den der «Generalprävention» zur Legitimation heranziehen.

Spezialprävention bedeutet, dass der Täter durch die Strafe gehindert werden soll, neue Straftaten zu begehen, sei es durch individuelle Abschreckung, sei es durch Resozialisierung («Besserung») oder sei es durch Verwahrung und dadurch «Sicherung» der Gesellschaft. Die üblichen Gegenargumente: Manche Strafen taugten nur sehr eingeschränkt zur Rückfallverhütung (Freiheitsstrafe als «Schule des Verbrechen», Geldstrafe als Schmälerung der Möglichkeiten zu sozialer Integration); der Staat habe kein Recht, mündige Menschen zu erziehen.

⁴⁶ Zu den Straftheorien auch BSK-Bommer, Vor Art. 19 N. 45–50; Spycher, Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe.

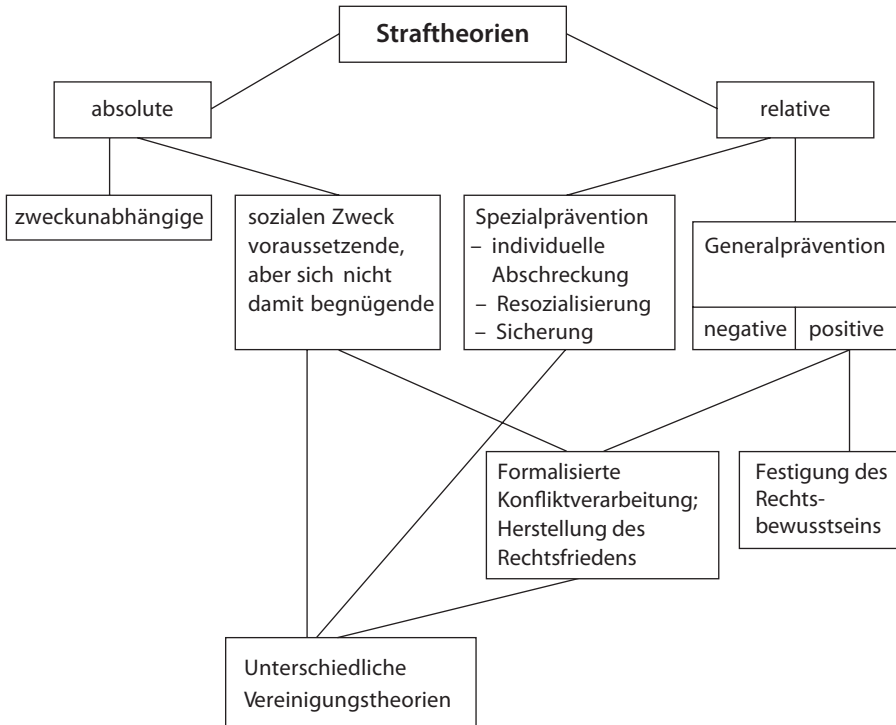
⁴⁷ Kant, 455.

⁴⁸ Hegel, 183 ff.

- 67 *Generalprävention* bedeutet, dass die Gesamtheit der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft durch Strafe von der Begehung von Straftaten abgeschreckt (sog. «negative Generalprävention») oder in ihrem Rechtsbewusstsein gestärkt, in ihren Gerechtigkeitsvorstellungen gefestigt, vom Gedanken zur Selbstjustiz abgehalten (sog. «positive Generalprävention») werde. Eine negativ-generalpräventive Wirkung der Strafe halten Kriminologen in weiten Deliktsbereichen für eher geringer als allgemein angenommen. Gegebenenfalls gehe eine abschreckende Wirkung eher von der Gewissheit der Strafverhängung als von Höhe und Art der angedrohten Strafe aus. Hinzu kommen die schon oben N. 59 f. genannten ethischen Bedenken.
- 68 Die «positive Generalprävention» in der Variante einer Orientierung an der Befriedung der Gesellschaft («der Staat muss zeigen, dass er die Kriminalität «im Griff» hat, und er kann nur so den sozialen Frieden gewährleisten») dürfte heute im Vordringen begriffen sein. Sie verdankt ihre Existenz den grossen Zweifeln an Spezialprävention und negativer Generalprävention, also an Konzepten, die etwas optimistisch und schlicht den «Kampf gegen das Verbrechen» für den Zweck des Strafrechts hielten. Heute ist man etwas bescheidener, wenn man von der Strafe im Sinne der «positiven Generalprävention» erhofft, sie werde die durch Straftaten entstehenden Probleme formalisiert verarbeiten, d.h. die Folgeprobleme kanalisieren. Hier treffen sich übrigens solche Varianten von «positiver Generalprävention» mit modernen Varianten «absoluter Theorien», die der Strafe die Aufgabe der «Wiederherstellung des Rechtsverhältnisses mit dem Täter» zuweisen.
- 69 Ein zentrales Problem des Modells der «positiven Generalprävention» ist freilich ihre Abhängigkeit von einer bestimmten empirischen Prämisse: Dass es in der Rechtsgemeinschaft verbreitete Strafbedürfnisse gebe, die es zu kanalisieren gelte. Empirische Untersuchungen zeigen, dass diese Strafbedürfnisse jedenfalls geringer sind, als Juristen oft denken.⁴⁹ Und selbst wenn sie ein wichtiger sozialer Faktor wären: Darf das Recht sich eigentlich von Strafbedürfnissen der Gesellschaft so weit abhängig machen? Einerseits hängt seine friedensstiftende Wirkung davon ab, dass es dies tut, andererseits ist viel Zurückhaltung und Augenmass nötig, damit Strafe nicht ihrerseits zum Anwachsen von Strafbedürfnissen beiträgt.
- 70 Im übrigen gibt es vielerlei Vereinigungstheorien, die Elemente der verschiedenen Straftheorien miteinander kombinieren, z.B. die Strafandrohung sei generalpräventiv, die Strafverhängung «absolut», der Strafvollzug spezialpräventiv zu legitimieren; oder: generelle Legitimation sei die Generalprävention, im Einzelfall gelte die Spezialprävention, Obergrenze der Strafe aber sei der «absolut» verstandene «Schuldausgleich». Vereinigungstheorien leiden freilich notwendig an den Mängeln ihrer einzelnen Komponenten.

⁴⁹ Sessar, Wiedergutmachen oder strafen. Einstellungen in der Bevölkerung und in der Justiz, Pfaffenweiler 1992.

Die verschiedenen Straftheorien, auch in ihrem Verhältnis zueinander, lassen sich wie folgt darstellen: 71



stands – ausnahmsweise – die Tat rechtlich erlaubt war (hatte er Rechtfertigungsgründe? – «Rechtswidrigkeit») und spricht zuletzt unter dem Stichwort «Schuld» die Frage an, ob der tatbestandsmässig und rechtswidrig handelnde Täter – wieder ausnahmsweise – entschuldigt war (konnte der Täter auf Grund seiner psychischen Situation oder wegen eines Irrtums das Unrecht nicht erkennen oder war ihm trotz Unrechtskenntnis ein rechtmässiges Handeln nicht möglich oder nicht zumutbar? – «Schuldausschliessungs-» bzw. «Entschuldigungsgründe»). Die noch vor Jahrzehnten sehr verbreitete «kausale Handlungslehre» prüfte hingegen in der «Tatbestandsmässigkeit» nur den objektiven Tatbestand und den Umstand, dass überhaupt eine gewillkürte Handlung vorlag – dass die Handlung *kausal* auf einen Willen bezogen werden konnte. Ob sich der Wille inhaltlich auf den Taterfolg bezog, war für diese Lehre erst eine Frage der Schuld. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist freilich gering – sie zeigt sich vor allem darin, dass die fahrlässige Tatverwirklichung (bei der «finalen Handlungslehre») oder das strafbare Unterlassen (bei der «kausalen Handlungslehre») nicht nahtlos ins System passt und deshalb in der Zurechnungslehre jeweils zu einem Sonderfall erklärt werden muss. Die «soziale Handlungslehre» sucht beide Lehren zu umfassen, was in der Sache freilich nichts hinzufügt.

- 95 Gemeinsam ist allen Handlungslehren, dass sie für die Prüfung von Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld das Bestehen einer (willensgeleiteten) menschlichen Handlung zur Voraussetzung machen. In Fällen von z.B. «vis absoluta» (absolutem Zwang – z.B. jemand wird nur als «Wurfgeschoss» gegen einen anderen missbraucht), von instinktgeleiteten Schreckreaktionen, Reflexen oder von Tätigkeit unter Hypnose fehlt es bereits daran.
- 96 Die folgende Darstellung der Zurechnungslehre folgt der heute gängigen «finalen Handlungslehre».
- 97 Die Reihenfolge, in der man einen Strafrechtsfall prüft, ist bei Zugrundelegen dieser «finalen Handlungslehre» durchaus zwingend: Ein Urteil über die Rechtswidrigkeit der Handlung setzt voraus, dass man sich über die objektiv und subjektiv faktische Seite dieser Handlung (den Tatbestand) vorher Klarheit verschafft hat; ein Urteil über die Schuld setzt die Rechtswidrigkeit der Handlung voraus. Schuld kann also nicht sinnvoll vor Rechtswidrigkeit, Rechtswidrigkeit nicht sinnvoll vor Tatbestandsmässigkeit geprüft werden. Somit ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

I. Tatbestand	objektiver Tatbestand
	subjektiver Tatbestand
II. Rechtswidrigkeit	
III. Schuld	

- 98 Bei manchen Tatbeständen gibt es zusätzlich noch «sonstige Strafbarkeitsbedingungen» (z.B. die «objektive Strafbarkeitsbedingung» des Todes oder der Körperverletzung eines Menschen beim Raufhandel in Art. 133) und Strafausschliessungs- oder Strafaufhebungsgründe (z.B. der freiwillige Rücktritt vom Versuch in Art. 23, der

dem Richter – fakultativ – die Milderung der Strafe oder gar das Absehen von einer Strafe ermöglicht). Diese sonstigen Strafbarkeitsbedingungen und Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe prüft man im juristischen Gutachten erst im Anschluss an die Prüfung der Schuld.

Im Folgenden sollen zunächst zu diesem Grundschema die besonders problematischen und prüfungsrelevanten Fragen anhand von kurzen Fällen systematisch erörtert werden. Es folgen dann die speziellen Konstellationen des Unterlassens, des Versuchs, der Täterschaft und Teilnahme, des fahrlässigen Handelns und der Konkurrenzen. 99

I. Objektiver Tatbestand: Kausalität und objektive Zurechnung

Literatur Donatsch/Tag, § 8; Graven/Sträuli, 90 ff.; BSK-Niggli/Maeder, Art. 12 N. 90 ff.; Queloz, 77 f.; Riklin, § 13 N. 14 ff.; Stratenwerth, § 9 N. 1–47; Trechsel/Noll, 88–94; Vest u.a., 43 f.

Zum objektiven Tatbestand gehören zunächst die einzelnen objektiven Tatbestandsmerkmale wie z.B. «Mensch» und «töten» in Art. 111 (vorsätzliche Tötung) oder «Sache», «beweglich», «fremd» und «Wegnahme» in Art. 139 Abs. 1 (Diebstahl). Bei sog. Erfolgsdelikten wie z.B. der vorsätzlichen Tötung, die im Unterschied zu den reinen Tätigkeitsdelikten, wie z.B. dem Diebstahl, einen von der Tathandlung zeitlich und räumlich trennbaren Taterfolg aufweisen, ist für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes darüber hinaus zu prüfen, ob der tatbestandsmässige Erfolg durch eine Handlung des Täters verursacht wurde. Man spricht von der Kausalität (unten N. 101 ff.). Da nicht jedes den Erfolg tatsächlich auslösende Verhalten den objektiven Tatbestand erfüllen soll, sind jedoch Zurechnungseinschränkungen unter dem Stichwort der objektiven Zurechnung (unten N. 111 ff.) zu diskutieren; letztere sind in der früheren Lehre nur ausschnittsweise unter dem Stichwort der «Adäquanz» erfasst worden (unten N. 107 ff.). Ausgeschlossen wird der objektive Tatbestand unter bestimmten Voraussetzungen durch die Einwilligung des Rechtsgutträgers (unten N. 116 ff.). 100

1. Kausalität: Äquivalenztheorie

Literatur Donatsch/Tag, § 8/2.22; Hurtado Pozo, Abrégé, N. 280 f.; Jakobs, 7/5–28 ff.; Killias, N. 401 ff.; Riklin, § 13; Stratenwerth, § 9 N. 20–24; Trechsel/Noll, 90 f.; Vest u.a., 43 f.; Volk, Kausalität im Strafrecht, NStZ 1996, 105–110.

Übungsliteratur Eymann u.a., Fall 2; Maihold, N. 29–32.

Fall 1:

A will B vergiften. Er verabreicht ihm eine tödliche Dosis Gift.

Variante: A und B wollen C vergiften. Beide geben ihm eine Dosis Gift, die für sich allein zu schwach wäre und erst im Zusammenhang mit der anderen Dosis zum Tod des C führt.

Fall 2:

Ein Theaterbesucher belässt bei der Abgabe seines Mantels an der Theatergarderobe einen geladenen Revolver in der Tasche. Ein Theaterangestellter (Logenschliesser) richtet den herausgefallenen Revolver zum Scherz auf einen Dritten und drückt – mit tödlicher Folge – ab (RGSt 34, 91); ähnlich ist auch der Fall in BGE 103 IV 12, 12 ff. (Vorführen der Dienstpistole).

Fall 3:

Wie Variante zu Fall 1, jede Dosis hätte aber schon für sich allein zum Tod geführt.

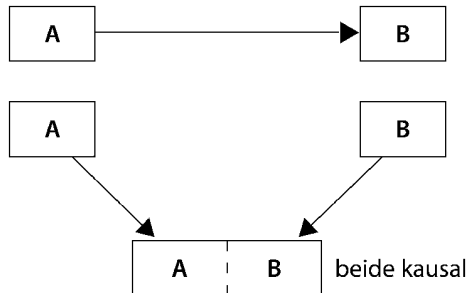
Fall 4:

A vergiftet den C. Hätte er dies nicht getan, so hätte es zum selben Zeitpunkt und mit demselben Gift der B getan.

- 101 Zur Feststellung der notwendigen kausalen Verknüpfung von tatbestandsmässiger Handlung und tatbestandsmässigem Erfolg wird im Strafrecht gemeinhin die sog. *Äquivalenztheorie* herangezogen, wonach jede gesetzte Bedingung eines Taterfolgs gleich («äquivalent») zählt. Meist wird die Äquivalenztheorie dadurch näher bestimmt, dass eine Handlung nur dann als Ursache des eingetretenen Erfolges anzusehen ist, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfele.⁶⁵
- 102 Diese *conditio sine qua non*-Formel führt zwar in den Fällen 1 und 2 zu dem richtigen Ergebnis, dass A und B je für sich kausal für den Todeseintritt wirken. Im Grundfall und der Variante von **Fall 1** ist dies evident; es handelt sich um den Normalfall von Kausalität i.S. einer *notwendigen* Bedingung. Im **Fall 2** tritt *nach* Setzen einer Erstursache eine weitere Ursache in die Beziehung zum Erfolg. Der (äquivalente/natürliche) Kausalzusammenhang zwischen der Erstursache und dem Erfolg ist aber nicht etwa aufgehoben. Die erste notwendige Bedingung ist durch die zweite mit dem Taterfolg vermittelt (vermittelte Kausalität). Der Theaterbesucher ist also für den tatbestandsmässigen Erfolg genauso ursächlich wie der Logenschliesser.

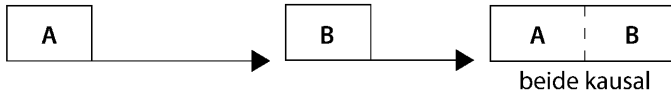
Fall 1:

Normalfall und kumulative Kausalität



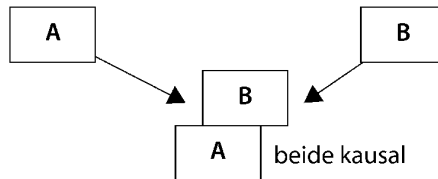
⁶⁵ *Conditio sine qua non*-Formel, anstelle vieler: BGE 116 IV 306, 310.

Fall 2:
Vermittelte Kausalität

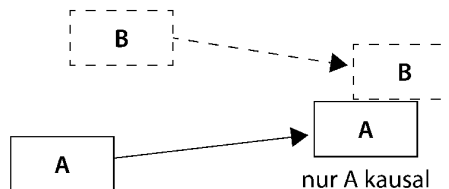


Die *conditio sine qua non*-Formel würde jedoch zur Verneinung der Kausalität in den **Fällen 3 und 4** führen. Im **Fall 3** liegt es so, dass jeder der Täter eine hinreichende, aber keiner eine notwendige Bedingung setzt («Doppelkausalität»). Nach der allein an der notwendigen Bedingung orientierten *conditio sine qua non*-Formel hätte *weder A noch B* kausal gehandelt. Dies ist offenkundig unbefriedigend.⁶⁶ Dasselbe gilt für **Fall 4**, in welchem eine «hypothetische Kausalität» zum selben Taterfolg geführt hätte, die tatsächlich zum Taterfolg führende Handlung also gar keine notwendige Bedingung (wohl aber wieder eine hinreichende Bedingung) war. Unumstritten ist aber im Ergebnis, dass eine hinreichende Bedingung genauso als Kausalursache ausreicht wie eine notwendige Bedingung.⁶⁷ Folglich wird nicht nur in den **Fällen 1 und 2**, sondern auch in den **Fällen 3 und 4** eine Kausalität nach der Äquivalenztheorie allgemein bejaht.

Fall 3:
Doppelkausalität



Fall 4:
Hypothetische Kausalität mit gleichem Ergebnis



Die übereinstimmend vertretene Auffassung, dass auch in den **Fällen 3 und 4** Kausalität anzunehmen sei, hat dazu geführt, dass die *conditio sine qua non*-Formel heute bei der Bestimmung der Kausalität nach der Äquivalenztheorie durch das Kriterium ergänzt wird, dass der Täter den Erfolg «in seiner konkreten Gestalt» verursacht haben müsse. Formuliert man so, dann erweisen sich die **Fälle 1 bis 4** klar als Fälle, in denen die Handlungen der Täter in einer Kausalbeziehung zum Taterfolg stehen. Denn es

⁶⁶ Dazu auch BSK-Niggli/Maeder, Art. 12 N. 93.

⁶⁷ Nicht richtig gesehen in BGE 133 IV 171, wonach es bei hypothetischer Herbeiführung des Schadens durch andere Ursachen an einer Kausalität fehle.

steht auch in den Fällen 3 und 4 ausser Frage, dass zwischen den Handlungen der Täter und dem Erfolgseintritt eine gesetzmässige Bedingung besteht.⁶⁸

- 105 Je komplizierter der Nachweis von Kausalwirkungen im naturwissenschaftlichen Bereich wird – etwa wenn es um Nebenwirkungen von pharmazeutischen Produkten oder um gesundheitsschädigende Wirkungen z.B. von Holzschutzmitteln geht – desto drängender stellt sich die Frage, ob zum Ausgleich die juristischen Anforderungen an die Kausalität reduziert werden sollten und ob man sich unter den Bedingungen der «Risikogesellschaft» juristisch mit dem plausiblen Zusammenhang, der statistischen Wahrscheinlichkeit begnügen sollte. Dagegen spricht der Grundsatz «in dubio pro reo»: er würde auch dann verletzt, wenn man auf diese Weise Verletzungs- in Gefährungsdelikte umdeuten wollte. Die rechtsstaatlich überzeugendere Vorgehensweise zum Schutz vor solchen Gefahren wäre deshalb die Schaffung von Gefährungstatbeständen durch den Gesetzgeber.
- 106 In den meisten Fällen ist es aber gar nicht die Strenge des Kausalitätskriteriums, sondern seine Weite, die offensichtlich einer juristischen Korrektur bedarf. Man kann natürlich die Eltern des Mörders nicht einfach deshalb, weil sie als Eltern ihren Kausalbeitrag zur Tat – vor Jahrzehnten und ohne an einen späteren Mord ihres Kindes zu denken – geleistet haben, wegen Mordes zur Verantwortung ziehen. Das ist evident, und spätestens am Fehlen des Vorsatzes würde ihre Strafbarkeit ohnehin scheitern. Aber gibt es nicht schon im objektiven Tatbestand eine Handhabe, für sie die Zurechnung auszuschliessen?

2. Adäquanztheorie?

Literatur Hurtado Pozo, Abrégé, N. 286; Killias, N. 406 f.; Petrig/Zurkinden, 65; Stratenwerth, § 9 N. 25–28; Trechsel/Noll, 91 f., und 269 f.

Übungsliteratur Maihold, N. 33.

Fall 5:

A versucht den Motorradfahrer B durch ein als Verkehrsunfall getarntes Auffahren mit seinem Auto zu töten. B bleibt unverletzt, muss aber wegen Beschädigung seines Motorrads in einem Hotel übernachten. Infolge einer von einem Dritten begangenen Brandstiftung am Hotel kommt er ums Leben.

- 107 Es ist insbesondere die uferlose Weite der Äquivalenztheorie, die eine Ergänzung des Kausalurteils im Sinne einer zusätzlichen Einschränkung durch ein normatives – wer-

68 Vgl. auch BGE 135 IV 56, 66: «Es kommt allein darauf an, welche Bedingungen sich im Eintritt des Erfolgs *tatsächlich* verwirklicht haben. Der Täter, der durch sein Verhalten eine Bedingung für den Eintritt des Erfolgs gesetzt hat, kann sich daher nicht damit entlasten, dass der Erfolg – wie in den Konstellationen der «Doppelkausalität», der «alternativen Kausalität» sowie der «hypothetischen Ersatzursachen» – auch ohne die von ihm gesetzte Bedingung, etwa infolge des Verhaltens eines andern, gleichwohl eingetreten wäre.»

tendes – Korrektiv erfordert. Das Bundesgericht hat dazu folgende Formel aufgestellt: Rechtserheblich ist eine natürliche Ursache nur dann, «wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen».⁶⁹ Diese Formel verwendet das Bundesgericht allerdings nur für Fahrlässigkeitsdelikte.⁷⁰ Ein Teil der Lehre wendet sie dennoch auch bei Vorsatzdelikten an,⁷¹ während ein anderer Teil der Lehre wie das Bundesgericht bei Vorsatzdelikten in solchen Fällen eine Einschränkung der Zurechnung auf der subjektiven Tatbestandsseite (kein Vorsatz) vornimmt.

Das Bundesgericht verneint eine Adäquanz jedoch nur, wenn neben dem Verhalten des Täters ganz aussergewöhnliche Mitursachen hinzutreten, etwa Mitverschulden Dritter, «... mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache des Erfolgs erscheinen und so alle anderen mitverursachenden Faktoren – namentlich das Verhalten des Angeschuldigten – in den Hintergrund drängen».⁷² Die Problematik ist auch unter dem Stichwort «Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs» bekannt:⁷³ eine zusätzliche Ursache «unterbricht» nach dieser Vorstellung einen schon in Gang befindlichen Kausalzusammenhang. In **Fall 5** (der zeigt, dass die Problematik auch bei Vorsatzdelikten auftritt) liegen die Kriterien für das Fehlen eines solchen Adäquanzzusammenhangs vor. Es ist gänzlich atypisch, dass ein Verkehrsunfall zum Verbrennen im Hotel führt.

Dies ist zwar für diesen Fall im Ergebnis die richtige Lösung – nur ist sie mit der «Adäquanztheorie» unzureichend begründet. Gegen die Adäquanztheorie sprechen nämlich zwei Argumente. Zum einen ist es äusserst missverständlich, solche Einschränkungen der Zurechnung von Kausalität im Strafrecht ihrerseits als Kausalitätstheorie auftreten zu lassen. Wie **Fall 5** zeigt, geht es da nicht um mehr oder weniger «wahrscheinliche» oder «unmittelbare» Kausalzusammenhänge und es wird auf der Ebene von Kausalität auch nichts «unterbrochen». Es handelt sich in Wirklichkeit um eine vom Kausalurteil deutlich zu unterscheidende wertende («normative») Einschränkung der Zurechnung kausaler Handlungen. Verschiedene Kausaldeterminanten werden eben *rechtlich* unterschiedlich gewichtet. Zum anderen erfasst der Begriff der Adäquanz überhaupt nicht alle Fälle einer sinnvollen wertenden Zurechnungseinschränkung noch im objektiven Tatbestand, wie sie heute erörtert werden. Es gibt Fälle, in denen zwar eine Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Lebenserfahrung sehr wohl geeignet war, den Erfolg herbeizuführen, in denen aber andere wertende Erwägungen, z.B. dass es sich um ein erlaubtes Risiko gehandelt hat, eine Zurechnung ausschliessen.

Dies lässt es geraten erscheinen, die Fälle der Adäquanz in ein Gesamtkonzept einer Einschränkung der Zurechnung im objektiven Tatbestand («objektive Zurechnung»)

69 Anstelle vieler: BGE 121 IV 10, 15; sog. Adäquanztheorie.

70 Vgl. BGE 126 IV 13, 17; 127 IV 62, 65; 130 IV 10.

71 Z.B. Stratenwerth, § 9 N. 25 und 28.

72 BGE 138 IV 56, 64 f. m.w.N.

73 Vgl. BGE 122 IV 17, 23.

- 220 Das BGer hat im **Fall 23** die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 1 abgelehnt. Der Angeklagte sei in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im konkreten Fall nicht stärker eingeschränkt gewesen als viele andere Straftäter in nüchternem Zustand, auch wenn er im nüchternen Zustand zu einem raffinierteren Vorgehen imstande gewesen wäre.

3. Art. 19 Abs. 4 und die «actio libera in causa»

Literatur BSK-Bommer, Art. 19 N. 86 ff.; Donatsch/Tag, § 24/4.2; Killias, N. 925–929; CR-Moreillon, Art. 19 N. 32–36; Stratenwerth, § 11 N. 31–38; Trechsel/Noll, § 28 C 4.

Übungsliteratur Eymann u.a., Fälle 1, 12; Maihold, N. 69.

Fall 24 (BGE 120 IV 169 ff.):

Ein mit ca. 2,1 Gewichtspromillen Blutalkohol alkoholisierter Fahrzeugführer liess sich durch das Fehlverhalten eines anderen Verkehrsteilnehmers zu einer mit einer Körperverletzung endenden Verfolgungsjagd provozieren. Dass er im Rausch diese Tat begehen werde, bedachte er beim Sich-Betrinken fahrlässig nicht.

- 221 Art. 19 Abs. 4 schränkt Art. 19 Abs. 1–3 insoweit ein, als der schuldlos handelnde Täter auch für die im Zustand der Schuldlosigkeit begangene Tat bestraft wird, wenn er «die Schuldunfähigkeit oder die Verminderung der Schuldfähigkeit vermeiden und dabei die in diesem Zustand begangene Tat voraussehen» konnte. Dies könnte im **Fall 24** aufgrund des Alkoholrausches der Fall sein.
- 222 Hinter der Regelung des Art. 19 Abs. 4 steht der im 18. Jahrhundert entwickelte bekannte Rechtsgrundsatz der «ausserordentlichen Zurechnung», wonach eine Tat auch dann zugerechnet wird, wenn der Täter sich selbst vorwerfbar ein Zurechnungsmerkmal entzogen hat. Eine sog. *actio libera in causa* (also eine in *ihrer Ursache*, aber nicht in sich selbst freie Handlung) gemäss Art. 19 Abs. 4 liegt jedenfalls dann vor, wenn der Täter vorsätzlich gehandelt, nämlich vorsätzlich die eigene Schuldunfähigkeit herbeigeführt hat («*actio praecedens*» – vorausgehende Handlung) und in diesem Zustand vorsätzlich diejenige tatbestandsmässige Handlung begeht, auf die sein Vorsatz bereits im Zeitpunkt der *actio praecedens* gerichtet war.

actio libera in causa:

1. Handlungsteil	2. Handlungsteil
actio praecedens (= causa für die spätere actio libera in causa)	actio libera in causa (d.h. nicht libera in se)
Schuld	keine Schuld

- 223 Rechtsprechung und herrschende Lehre haben darüber hinaus auch schon nach früherem Recht eine sog. *fahrlässige actio libera in causa* angenommen,²⁴⁴ wenn der Täter

244 Vgl. etwa BGE 117 IV 292 ff., 120 IV 169 ff.; Stratenwerth, § 11 N. 35; Trechsel/Noll, 141.

vorsätzlich oder fahrlässig seine Schuldunfähigkeit herbeigeführt hat und dabei bei Anwendung pflichtgemässer Vorsicht voraussehen konnte, dass er in diesem Zustand den Tatbestand eines Fahrlässigkeitsdelikts verwirklichen würde. Nunmehr hat der Gesetzgeber in Art. 19 Abs. 4 die Strafbarkeit auch der fahrlässigen *actio libera in causa* ausdrücklich vorgesehen.²⁴⁵ Vom Wortlaut her ist nunmehr sogar die Bestrafung der fahrlässigen *actio libera in causa* als Vorsatzdelikt möglich, was aber wohl nicht beabsichtigt war.²⁴⁶

Art. 263 (Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit), der lediglich das Sich-betrinken oder Sich-betäuben (also ohne subjektive Bezugnahme auf eine später in diesem Zustand zu begehende Straftat) als schuldhaftes Handlung mit der objektiven Strafbarkeitsbedingung der anschliessenden Begehung eines Verbrechens oder Vergehens verknüpft, tritt nicht nur im Fall einer vorsätzlichen, sondern auch im Fall einer fahrlässigen *actio libera in causa* als subsidiäre Bestimmung hinter diese zurück.²⁴⁷ 224

In **Fall 24** ist der Fahrzeugführer wegen Alkoholgenußes vermindert schuldfähig. Er ist gleichwohl gem. Art. 19 Abs. 4 wegen fahrlässiger *actio libera in causa* ohne Milderung der Strafe strafbar. Der Fahrzeugführer hat sich willentlich und wissentlich betrunken, den Zustand der Schuldunfähigkeit mithin vorsätzlich herbeigeführt, die Folge einer fahrlässigen Körperverletzung jedoch nicht vorsätzlich in Kauf genommen, sondern diesbezüglich nur fahrlässig gehandelt. Das führt nach dem jetzigen Recht unbestritten dazu, dass ihm eine Strafmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit nicht zugute kommt. 225

4. Schuldfähigkeit von juristischen Personen?

Literatur BSK-Bommer, Vor Art. 19 N. 42; Heine, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.) – Entwicklung und Grundproblematik, ZStrR 2003, 24; ders., Straftäter Unternehmen: Das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, recht 2005, 1; Hurtado Pozo, Abrégé, N. 720–742; Kim, Individuelle und kollektive Zurechnung. Schwierigkeiten bei der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen, Basel 2007; Lütolf, Strafbarkeit der juristischen Person, Zürich 1997; Maihold, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Köln/Weimar/Wien 2005; Macaluso, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genève 2004; Niggli/Maeder, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013; Pieth, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, ZStrR 2003, 353; Postizzi, Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts, Basel 2006; Seelmann, Unternehmensstrafrecht: Ursachen, Paradoxien und Folgen, in: FS-Schmid, Zürich 2001, 169; PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 102 N. 10; Wohlers, Die Strafbarkeit des Unternehmens, SJZ 2000, 381.

Art. 102 sieht nunmehr eine strafrechtliche Verantwortlichkeit (in der Marginalie auch «Strafbarkeit» genannt) des Unternehmens vor: Nach Art. 102 Abs. 1 wird die Straftat 226

²⁴⁵ Vgl. dazu die Botschaft 1998, 29.

²⁴⁶ BSK-Bommer, Art. 19 N. 95 ff.

²⁴⁷ So die h.M., vgl. etwa BGE 104 IV 249 ff. und BGE 93 IV 39 ff., a.A. BSK-Bommer, Art. 263 N. 34: Exklusivität.

dem Unternehmen selbst «zugerechnet», wenn sie «in dem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks» begangen wird und die Tat «wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden» kann, während Art. 102 Abs. 2 vom letztgenannten Erfordernis für bestimmte Tatbestände sogar absieht.²⁴⁸

- 227 Problematisch ist die Regelung im Hinblick auf das Schuldprinzip und den Grundsatz der Personalität der Strafe, wonach Strafe nur für Schuld verhängt wird und nur den Täter selbst treffen darf.²⁴⁹ Das Schuldprinzip wird bereits deshalb verletzt, weil ein Unternehmen, also eine nicht tatsächlich, sondern nur für das Recht existente juristische Person, keinen Vorsatz fassen kann und nicht schuldfähig ist. Die Straftat wird niemals von dem Unternehmen begangen, sondern von den einzelnen in ihm tätigen natürlichen Personen. Durch die «Bestrafung» des Unternehmens werden ferner nicht nur die Personen von der Strafe betroffen, die die Straftat begangen haben, sondern darüber hinaus auch andere Personen, beispielsweise bei der Bestrafung einer Aktiengesellschaft nicht selten eine Vielzahl wenigstens zum Teil auch unschuldiger Aktionäre.
- 228 Man könnte deshalb überlegen, ob man die angedrohte Sanktion entgegen dem Wortlaut (Art. 102 spricht in Abs. 2 ausdrücklich von «bestraft») als (schuldunabhängige) «Massnahme» (dazu unten N. 550 ff.) begreifen könnte. Auch dies wäre aber immer noch ungereimt, da auch Massnahmen Vorsatz voraussetzen. Zudem würde es sich dann um eine bisher nicht bekannte generalpräventive Begründung einer Massnahme (die bestehenden Massnahmen sind spezialpräventiv begründet) handeln, deren höherer Abschreckungseffekt im Vergleich etwa zu einer zivilrechtlichen Regelung nur gegeben wäre, wenn man in die Massnahme einen (nur mit Strafe und gerade nicht mit Massnahmen verbundenen) sozialetischen Tadel hineinlesen würde.
- 229 Art. 102 lässt sich also weder als Strafe noch als Massnahme sinnvoll begreifen. Der legislatorische Wille scheint hier stärker gewesen zu sein als das Bemühen um eine systematisch stimmige Konzeption der Norm.
- 230 Bei der in Art. 102 Abs. 1 geregelten Verantwortlichkeit handelt es sich im übrigen nicht um eine originäre, sondern um eine subsidiäre Haftung.²⁵⁰ Sie knüpft an die Nichtbestimmbarkeit einer strafbaren natürlichen Person an, die ihrerseits vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben muss. Die Anlasstat wird dem Unternehmen mittels eines «Organisationsverschuldens» zugerechnet, so dass sich diese Vorschrift letztlich als fahrlässiges Unterlassensdelikt darstellt.²⁵¹ Praktisch gesehen kann diese Konstruktion einen Anreiz dazu schaffen, einen Einzelnen im Unternehmen gerade mit der

248 Vgl. rechtsvergleichend die Beiträge in: Pieth/Ivory (ed.), *Corporate criminal liability*, Dordrecht 2011.

249 Zur Entwicklung dieses Prinzips über Theologie und Kanonistik im 16. Jahrhundert vgl. Maihold, insbes. 181 ff., 213 ff., 337 ff.

250 Vgl. zur Übersicht über die verschiedenen Verantwortlichkeitsmodelle ausführlich BSK-Niggli/Gfeller, Art. 102 N. 18 ff. m.w.N.

251 Heine, ZStrR 2003, 30; Pieth, ZStrR 2003, 363.

Aufgabe zu betrauen, im Fall eines strafrechtlich relevanten Taterfolgs die Verantwortung zu übernehmen («Sitzdirektor»)²⁵² – was das Unternehmen auch bei grosszügiger Honorierung billiger zu stehen kommt als die sonst drohende Unternehmensbestrafung. Bei der «konkurrierenden Unternehmensstrafe» nach Art. 102 Abs. 2 ist dieser Weg freilich versperrt, weil das Unternehmen unabhängig von einer Strafbarkeit natürlicher Personen zur Verantwortung gezogen werden kann.

5. Irrtumsprobleme

Da zur Schuld das (zumindest potentielle) Unrechtsbewusstsein gehört, kann ein Irrtum über das Unrecht u.U. die Schuld entfallen lassen. Eindeutig um ein Problem der Schuld handelt es sich beim Irrtum über die Rechtswidrigkeit (meist Verbotsirrtum genannt) in Art. 21 (vgl. unten N. 236 ff.). Aber auch der Irrtum über die rechtfertigende Sachlage des Art. 13 (vgl. unten N. 232 ff.), kann erst geprüft werden, wenn über die Frage der Rechtswidrigkeit Klarheit besteht, also nach deren Prüfung. Im strafrechtlichen Gutachten empfiehlt es sich deshalb, auch diesen Irrtum zu Beginn des Prüfungspunktes «Schuld» anzusprechen, obwohl er sich lediglich auf die faktischen Voraussetzungen des Rechtswidrigkeitsurteils bezieht und nicht die Schuld (und schon gar nicht die Rechtswidrigkeit) ausschliesst.

a) Irrtum über eine rechtfertigende Sachlage

Literatur Donatsch/Tag, § 18/4 und § 19/2.42; Früh, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, Zürich 1961; Hurtado Pozo, Abrégé, N. 415 f.; BSK-Niggli/Maeder, Art. 13; Killias, N. 306–308; Lerch, Tatirrtum und Rechtsirrtum im schweizerischen Strafrecht, ZStrR 1951, 158; Stratenwerth, § 9 N. 80, § 10 N. 112–114; Trechsel/Noll, § 27 A 1 und B 4; PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 13 N. 6; Wili, Schuld und Irrtum im schweizerischen Strafrecht, Bern 1959.

Übungsliteratur Eymann u.a., Fälle 1, 4, 6; Maihold, N. 65, 77, 78.

Fall 25 (BGE 102 IV 65 ff):

G verliess spät nachts das Restaurant Bären in Biel mit dem falschen Hut. S, dem der Hut gehörte, folgte G wenig später nach und verlangte seinen Hut zurück. Nach Diskussionen mit mehreren Anwesenden, die immer heftiger wurden, zückte G, der nur Italienisch sprach, eine Pistole. Die Anwesenden versuchten ihn zu besänftigen. Als sich W dem G mit offenen Händen näherte, richtete G die Pistole auf W und rief ihm auf Italienisch «Halt oder ich schiesse» zu. W näherte sich ihm weiter bis auf anderthalb Meter. G, der sich dadurch bedroht fühlte und davon ausging, dass die Anwesenden ihn anfallen und umbringen wollten, schoss W nieder.

²⁵² Clarkson, Kicking Corporate Bodies and Damning their Souls, The Modern Law Review 59 (1996), 557, 562: «One might simply be punishing the vice-president responsible for going to jail.»

Fall 26:

V versetzte in der Dämmerung dem seinen Garten betretenden Nachbarsjungen X einen «Klaps» in der fälschlichen Annahme, es handle sich um seinen eigenen, viel zu spät vom Spielplatz heimkehrenden Sohn S.

- 232 In den **Fällen 25** und **26** handelt es sich um einen Irrtum über eine rechtfertigende Sachlage, also über die faktischen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (Notwehr bzw. elterliches Züchtigungsrecht). Bezeichnungen hierfür sind auch «Erlaubnistatbestandsirrtum» oder «Putativrechtfertigung». Für die Behandlung dieses Irrtums gibt es in den europäischen Rechtsordnungen unterschiedliche Lösungsansätze.²⁵³
- 233 Die einhellige Lehre und die Rechtsprechung in der Schweiz wenden auf die irrige Annahme einer rechtfertigenden Sachlage Art. 13 an, werfen dem Täter also trotz Tatbestandsvorsatzes hinsichtlich der Rechtsfolgen keine vorsätzliche Handlungsweise vor und schliessen damit die Vorsatzstrafe aus.²⁵⁴ Dem Täter ist die (an sich gegebene) vorsätzliche, d.h. wissentliche und willentliche Tatbegehung aufgrund seines vom Schuldtypus des Vorsatzdeliktes abweichenden Vorstellungsbildes nicht vorzuwerfen, denn der im Vorsatz inhärente Handlungsunwert ist aufgrund seines Irrtums aufgehoben.²⁵⁵
- 234 Dieser Auffassung ist beizupflichten. Wie der sich im Tatbestandsirrtum befindende Täter handelt die Person, die eine rechtfertigende Sachlage annimmt (Putativrechtfertigung) «in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt» im Sinne von Art. 13 Abs. 1. Diese Vorschrift des Art. 13 Abs. 1 ist somit in solchen Fällen aufgrund ihres weiten Wortlauts unmittelbar anwendbar. Etwas anderes gilt freilich für den Fall, dass der vom Täter vorgestellte Rechtfertigungsgrund gar nicht oder nicht in dem angenommenen Umfang existiert; hier handelt es sich um einen Verbotsirrtum i.S. von Art. 21.
- 235 Die Einordnung der irrigen Annahme einer rechtfertigenden Sachlage unter den Sachverhaltsirrtum führt in den **Fällen 25** und **26** zu einer Überprüfung anhand von Art. 13 Abs. 1. Jedenfalls im **Fall 26** kommt nur eine Bestrafung wegen einer fahrlässig begangenen Tat (vgl. Art. 13 Abs. 2) in Betracht. Im **Fall 25** gelangt das BGer zu dem Ergebnis, die Abwehr des G sei unverhältnismässig gewesen und hätte deshalb in einer tatsächlichen Notwehrsituation nicht zu einer Rechtfertigung geführt. Der Täter geht in diesem Fall folglich nach Auffassung des BGer nicht von Umständen aus, die, wenn sie gegeben wären, die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllen würden. Damit erliegt er im Ergebnis gar nicht einem Sachverhaltsirrtum.

253 Dazu BSK-Niggli/Maeder, Art. 13 N. 1–7.

254 Vgl. nur BGE 129 IV 6, 14.

255 Vgl. Stratenwerth, § 10 N. 113; zur Geltung des Grundsatzes auch bei irrealen Vorstellungen vgl. Frischknecht, Erlaubnistatbestandsirrtum und irrealer Fehlvorstellung, recht 2007, 146–153.

b) Allgemeine Übersicht über Akzessorietätslockerungen i.S. des Art. 27 StGB anhand von Beispielen

Täter	Teilnehmer (oder Mittäter)	Bestrafung des Teilnehmers¹/ Mittäters
Art. 111	Schuldunfähig i.S. Art. 19	Anwendung von Art. 27 (persönliches Merkmal); vgl. BGE 87 IV 49, 52
Art. 112 (Mord; besonders verwerfliche Gesinnung; = täterbezogenes Merkmal)	Keine eigene besonders verwerfliche Gesinnung oder auch nur Kenntnis davon	Anwendung von Art. 27. Die Skrupellosigkeit ist sachliches und persönliches Merkmal zugleich; vgl. BGE 120 IV 265, 275
Art. 112 (Mord; besonders verwerfliche Art der Ausführung; tatbezogenes Merkmal)	Keine eigene besonders verwerfliche Art der Ausführung oder auch nur Kenntnis davon	Anwendung von Art. 27 auch hier, weil Skrupellosigkeit auch als persönliches Merkmal ausschlaggebend
Art. 113 (Totschlag = täterbezogenes Merkmal)	Kein Affekt vorliegend	Anwendung von Art. 27 (persönliches Merkmal)
Art. 114 (Tötung auf Verlangen aus achtenswerten Beweggründen)	Keine achtenswerten Beweggründe	Anwendung von Art. 27 (persönliches Merkmal)
Art. 116 (Kindstötung; Merkmal der Muttereigenschaft)	(Ohne Muttereigenschaft)	Anwendung des Art. 27 (persönliches Merkmal), Bestrafung nach Art. 111; zweifelnd aber BGE 87 IV 49, 53
Art. 139/140 (besondere Gefährlichkeit)	Keine eigene Gefährlichkeit	Anwendung von Art. 27 (persönliches Merkmal); vgl. BGE 105 IV 182, 186 f. und 106 IV 109, 113 a.A. (sachliches Merkmal) BGE 109 IV 161, 165; BSK-Forster, Art. 27 N. 21.
Beamteneigenschaft bei <i>unechten</i> Sonderdelikten, z.B. Urkundenfälschung im Amt (Art. 317)	Fehlende Beamteneigenschaft	Art. 26, Akzessorietät Strafbarkeit aus Art. 317, Milderung
Beamteneigenschaft bei <i>echten</i> Sonderdelikten, (Amtsmissbrauch, Art. 312)	Fehlende Beamteneigenschaft	Art. 26, Akzessorietät Strafbarkeit aus Art. 312, Milderung

¹ Der Teilnehmer ist i.V.m. Art. 24 oder 25 zu bestrafen.

7. Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt

Übungsliteratur Maihold, N. 100, 117.

- 448 Bei der oft sehr schwierigen Bewältigung von Beteiligungsproblemen im Zusammenhang mit Unterlassungsdelikten sind zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden:

a) Die Beteiligung am Unterlassungsdelikt

Fall 84:

Die nicht im Haus wohnende Grossmutter G überredet die Mutter M dazu, deren Kind (also das Enkelkind der G), verhungern zu lassen, was dann auch geschieht.

- 449 Eine Teilnahme *am* Unterlassungsdelikt ist gemäss h.L. nach den allgemeinen Grundsätzen möglich, allerdings wird sich die Mitwirkung am Unterlassungsdelikt auf Anstiftung oder psychische Gehilfenschaft (Ermuntern, Bestärken) beschränken, denn physische Gehilfenschaft dürfte mangels Beweises der bewirkten kausalen Förderung eines Unterlassens nur selten angenommen werden.
- 450 Die in **Fall 84** vorliegende Anstiftung der G gegenüber der M zur Tötung des Kindes durch Unterlassen (der M) ist unproblematisch. G als Anstifterin kommt jedoch in den Genuss einer Strafmilderung. Die Strafbarkeit der M rührt nämlich aus ihrer Garantenpflicht, also aus einer *besonderen Pflicht* i.S. des Art. 26, her. Diese Garantenpflicht *begründet* hier, was die Tötungsdelikte angeht, die Strafe. Damit ist auch insoweit den Voraussetzungen des Art. 26 Genüge getan. In Art. 26 sieht das neue Gesetz vor, dass Teilnahme am Sonderdelikt durch Personen, denen die Sonderpflicht nicht obliegt, milder zu bestrafen ist.
- 451 Dieser generell sinnvollen Neuregelung könnte man aber im besonderen Fall eines Unterlassungsdelikts entgegenhalten, dass eine Teilnahme durch Handeln, die eine Anstiftung zwangsläufig immer darstellt, die Garantenstellung aufwiege und deshalb nicht generell Milde verdiene.

b) Die Beteiligung durch Unterlassen

Fall 85:

Vater V greift nicht ein, als grössere Kinder seinen Sohn S lebensgefährlich verprügeln.

Fall 86:

Vater V greift nicht ein, als sein Sohn S kleinere Kinder lebensgefährlich verprügelt.

Fall 87:

A ist Angestellter einer Sicherheitsfirma und mit der Überwachung einer Filiale eines Grossverteilers beauftragt. Er lässt den in flagranti ertappten B mit einem grösseren Geldbetrag an der Kasse entlaufen.

Revision 2015, die am 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt werden soll, sind nunmehr einige der 2007 geschaffenen Neuerungen wieder rückgängig gemacht worden.⁵⁶²

Im Folgenden wird ein Überblick über das gegenwärtige und künftige Strafsanktionenrecht (I) und die Grundsätze der Strafzumessung (II) gegeben.

I. Das Strafsanktionenrecht

Literatur P. Albrecht, Rückschritte im Sanktionenrecht, ZStrR 2014, 279; Baechtold/Weber/Ho-stettler, Strafvollzug, 3. Aufl., Bern 2016; Bommer, Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, recht 2007, 1; Bommer, Zur dritten Änderung des Sanktionenrechts – Weshalb schon wieder eine Reform?, ZStrR 2014, 27; ders. Lauter Anfang – leises Ende: Zum revidierten Sanktionenrecht, in: Schmid (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Bern 2016, 27; Brägger, Der neue Allgemeine Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches – ein Danaergeschenk oder doch eher die Büchse der Pandora?, SZK 2006/2, 20; Bundesamt für Justiz, Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über Jugendstrafrechtspflege. Erstellt auf der Grundlage des Schlussberichts der Expertenkommission, Bern 1993; Forster, StGB-Revision: Ein gelungener Entwurf, plädoyer 1998/6, 31 f.; Frauchiger, Auswirkungen der StGB-Revision: Lagebeurteilung durch das Strafvollzugskonkordat der Nord-west- und Innerschweiz, SZK 2006/2, 32; Hansjakob/Schmitt/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Luzern 2006; Heine, Der kommende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches, ius.full, 2004/3 und 4, 110; Hubschmid/Sollberger (Hrsg.), Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bern 2004; Jeanneret, *Légalité, contravention et nouveau droit: des surprises?*, ZStrR 2004, 21; ders. *La réforme de la réforme du droit des sanctions: la peine à la peine?*, ZStrR 2015, 345; Kuhn, *Les effets possibles de la révision du droit suisse des sanctions*, ZStrR 1999, 291; Kunz/Stratenwerth, Zum Bericht der Arbeitsgruppe «Verwahrung», ZStrR 2005, 2; Kunz, Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizerischen Erwachsenenstrafrechts, ZStrR 1999, 234; Pieth, Die Wiederentdeckung des Punitivismus, ZStrR 2014, 264; Pignat/Kuhn, *Les nouvelles règles de la fixation de la peine: une révolution de velours*, ZStrR 2004, 251; Riklin, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 2004, 169; Riklin, Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZStrR 1999, 255; Riklin, Die Reformen des Sanktionenrechts, ZStrR 2014, 246; Roth, *Nouveau droit des sanctions: premier examen de quelques points sensibles*, ZStrR 2003, 1; Schubarth, *Legisvakanz und Verfassung. Zur verschleppten (Nicht-)Inkraftsetzung des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches*, AJP 2005, 1039; Schultz II; Schultz, *Rechtsübernahme, Rechtsvergleichung und Rechtsreform in der Entwicklung des Schweizerischen Strafrechts*, ZStW 1988, 189; Schultz, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern 1987; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 8. Auflage, Zürich 2007; Simmler, *Sieben enttäuschte Hoffnungen?*, ZStrR 2016, 73; Stratenwerth, AT II; Stratenwerth, *Nochmals: die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht*, ZStrR 2005, 235; Stratenwerth, *Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht*, ZStrR 2004, 159; Stratenwerth, in: Dittmann u.a. (Hrsg.), *Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung*, Chur/Zürich 2002, 371; Weber, *Zur Verhältnismässigkeit der Sicherungsverwahrung – Ausblick auf die künftige Anwendung von Art. 64 EStGB*, ZStrR 2002, 398.

⁵⁶² Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz (Änderungen des Sanktionenrechts); Änderung vom 19. Juni 2015, BBl 2015, 4899.

1. Systematik

- 547 Das *Strafsanktionenrecht* bestimmt die verschiedenen Strafsanktionen, die ein Strafgericht als Reaktion auf eine Straftat anordnen kann, deren Anordnungsvoraussetzungen sowie deren Bemessung und Aufhebung. Unter den Oberbegriff der Strafsanktion fallen alle vom Strafgesetzbuch als Reaktion auf ein strafrechtlich verbotenes Verhalten vorgesehenen Strafen und Massnahmen.
- 548 Als *Strafe* wird dabei ein (schuld-)ausgleichender Eingriff in die Rechtsgüter einer Person bezeichnet, die schuldhaft eine Straftat begangen hat. Das schweizerische Strafrecht kennt derzeit noch drei Strafen, nämlich die *Geldstrafe* nach Art. 34 ff., die *gemeinnützige Arbeit* nach Art. 37 ff. sowie die *Freiheitsstrafe*⁵⁶³ nach Art. 40 f. Die gegenwärtige Revision sieht indes vor, dass die gemeinnützige Arbeit künftig keine selbstständige Strafe mehr darstellt, sondern lediglich eine Vollzugsform.⁵⁶⁴
- 549 Die Todesstrafe ist in Art. 10 Ziff. 1 der Bundesverfassung verboten; Körperstrafen sind durch Art. 10 Ziff. 3 BV (Verbot «grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Bestrafung») ausgeschlossen. Auch moderne Prangerstrafen wie eine Veröffentlichung der Namen und Adressen von Sexualtätern im Internet würden wohl (insbesondere) gegen diese Verfassungsnorm verstossen.
- 550 Der Begriff der *Massnahme* umfasst alle Rechtsfolgen einer Straftat ohne primären Strafcharakter. Massnahmen werden verhängt, wenn eine Schuldstrafe mangels Zurechnungsfähigkeit gar nicht verhängt werden darf oder nicht ausreicht, um die besonderen spezialpräventiven Bedürfnisse zu erfüllen. Ihre Legitimation in einem am Schuldprinzip orientierten Strafrecht wirft freilich vielerlei Fragen auf.⁵⁶⁵ Die Einführung der sog. «Zweispurigkeit» des strafrechtlichen Sanktionensystems (Strafen und Massnahmen) ist historisch als Kompromiss zweier «Strafrechtsschulen» zu verstehen. Der «klassischen Schule», die für das Strafrecht ausschliesslich tatvergeltende Sanktionen, also Strafen im traditionellen Sinn vorsah, stand eine «moderne» Schule gegenüber, die Strafrechtssanktionen nur als zweckrationale zukunftsorientierte, also präventive Massnahmen akzeptierte.
- 551 Unterschieden wird zwischen «*sichernden Massnahmen*» (oder «freiheitsbeschränkenden Massnahmen») (Art. 56–65) und «anderen Massnahmen». Zu ersteren gehören einerseits als stationäre therapeutische Massnahmen die Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59), die Suchtbehandlung (Art. 60) und die Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61) sowie andererseits die Verwahrung nach Art. 64 ff. Sind die Voraussetzungen der Art. 59 bis 61 erfüllt, kann das Gericht anstelle des Vollzugs einer Freiheitsstrafe eine stationäre therapeutische Massnahme anordnen. Dabei wird die

563 Die früher im Gesetz vorgesehene Unterscheidung der Freiheitsstrafe in Zuchthausstrafe (Art. 35 aStGB), Gefängnisstrafe (Art. 36 aStGB) und Haftstrafe (Art. 39 aStGB) wurde mit der Revision von 2002 aufgegeben.

564 Art. 79a E-StGB 2015.

565 Siehe dazu Stratenwerth, AT II, § 1 C., § 8. Zur Entwicklung vgl. Anastasiadis-Ritzmann, Massnahmen: Bewegende Neuerungen oder «alter Wein in neuen Schläuchen»? ZStrR 2008, 264–272.

Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme *aufgeschoben* und bei erfolgreichem Massnahmenvollzug sodann erlassen (Art. 62b) (sog. *dualistisch-vikariierendes System*). Im Unterschied dazu wird bei der Verwahrung nach Art. 64 ff. (neben der normalen Verwahrung in Art. 64 Abs. 1 gibt es die verschärfte Form der lebenslänglichen Verwahrung in Art. 64 Abs. 1^{bis}) zuerst die Freiheitsstrafe vollzogen und erst danach die Verwahrung (Art. 64 Abs. 2) (sog. *kumulatives System*); auf den Vollzug der Verwahrung kann allerdings verzichtet werden, wenn nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe zu erwarten ist, «dass der Täter sich in Freiheit bewährt» (Art. 64 Abs. 3).

Neben den sichernden Massnahmen gibt es die «*anderen Massnahmen*»: Ausser der Friedensbürgschaft (Art. 66), dem Berufsverbot (Art. 67), dem mit der Revision von 2002 neu geschaffenen Fahrverbot (Art. 67b) sowie der Veröffentlichung des Urteils (Art. 68) gehört dazu insbesondere die praktisch immer bedeutsamer werdende Einziehung (Art. 69–72). Per 1. Oktober 2016 wird darüber hinaus in Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer in den Art. 66a–66d die Landesverweisung in Kraft treten. Gegenstände oder Vermögenswerte, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient (*instrumenta sceleris*) oder aus einer solchen hervorgegangen sind (*producta sceleris*), können unter gewissen Umständen eingezogen werden und fallen der Staatskasse zu (Verfall), sofern sie nicht vernichtet (bei gefährlichen Gegenständen) oder (v.a. bei Vermögenswerten) dem Geschädigten nach Art. 73 zur (subsidiären) Schadensbegleichung zugesprochen werden.

Gemäss Art. 123 Abs. 1 BV fällt das Strafsanktionenrecht in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die Strafsanktionen sind abschliessend im schweizerischen Strafgesetzbuch geregelt. Den Kantonen verbleibt keine Kompetenz, in ihren Strafgesetzbüchern zusätzliche Strafsanktionen vorzusehen.⁵⁶⁶ Über die Anordnung von Strafsanktionen entscheiden die kantonalen Strafgerichte⁵⁶⁷ bzw. im Strafbefehlsverfahren die Staatsanwaltschaften.⁵⁶⁸ Zuständig ist gemäss Art. 31 StPO der Kanton, in dem die Straftat begangen worden ist. Gegen ein Urteil eines Strafgerichts kann Berufung an eine kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz geführt werden. Gegen ein Urteil des zweitinstanzlichen kantonalen Gerichts steht die Beschwerde an das Bundesgericht offen.

Im Folgenden werden die Strafen als die am häufigsten ausgesprochenen Strafsanktionen etwas eingehender dargestellt.⁵⁶⁹

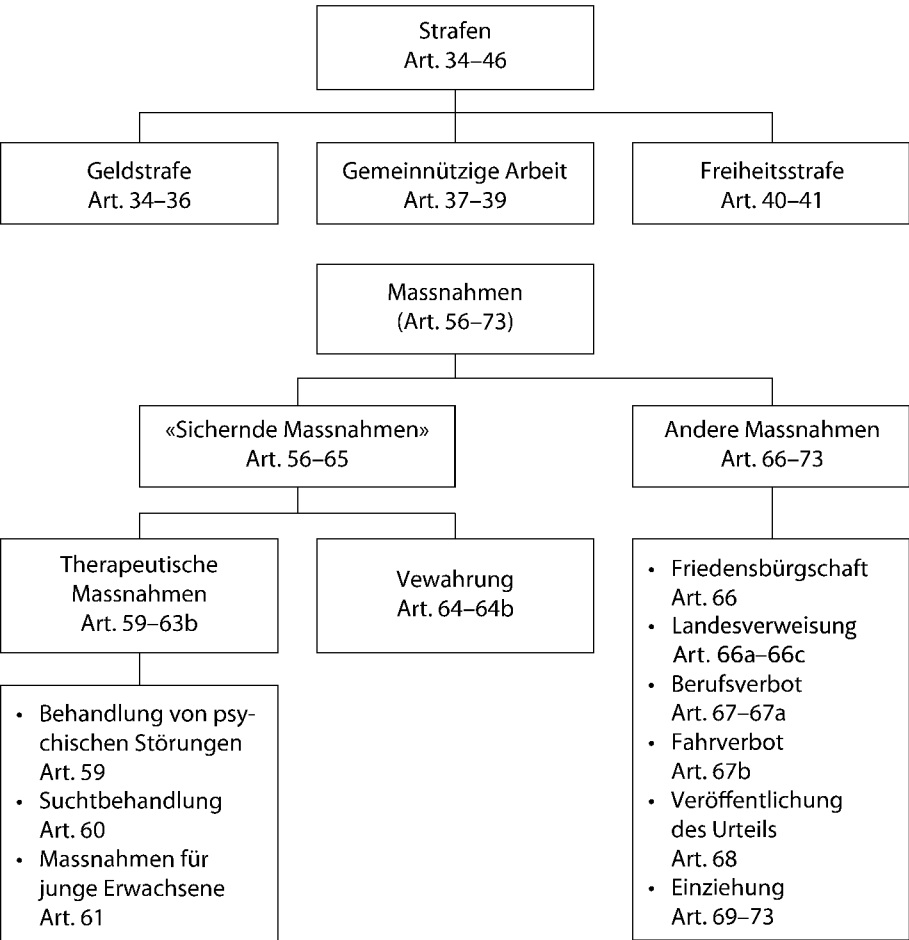
566 Die kantonalen Strafgesetzbücher enthalten lediglich Straftatbestände des Übertretungsstrafrechts, d.h. den Kantonen verbleibt im Bereich des materiellen Strafrechts nach Art. 335 Abs. 1 die Kompetenz, gewisse Verhaltensweisen, die aufgrund der Systematik und der Legaldefinitionen des Bundesrechts nicht implizit als erlaubt gelten, als Übertretungen zu sanktionieren.

567 Siehe Art. 19 StPO.

568 Siehe Art. 352 ff. StPO.

569 Die Strafen machten 2014 mehr als 99 Prozent aller Strafsanktionen aus; nur in weniger als einem Prozent aller Strafgerichtsurteile wurde eine Massnahme als Hauptsanktion ausgesprochen, dabei zumeist eine ambulante Massnahme. Vgl. die statistischen Angaben im Internet: www.bfs.admin.ch.

Sanktionensystem des StGB



2. Geldstrafe

Literatur P. Albrecht, Anmerkungen zur Diskussion über einen Mindestbetrag des Tagessatzes bei der Geldstrafe gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB, ZStrR 2008, 292; Binggeli, Die Geldstrafe, in: Hubschmid/Sollberger, 39; ders., Die Geldstrafe, Anwaltsrevue 2001/1, 9; BSK-Dolge, Art. 34; Cimichella, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, Bern 2006; Sollberger, Die neuen Sanktion des StGB, insbesondere die Geldstrafe, in: Hubschmid/Sollberger, 17; Sollberger, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 2003, 244.

555 Ein Hauptziel der Revision von 2002 war die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen, die als teuer, entsozialisierend (Verlust von Arbeitsstelle und Wohnung), stigmatisierend und schädlich («Prisonierungsschäden», Kontakt zur «kriminellen Subkultur») gelten. Dieses Ziel sollte vor allem durch eine Neuregelung der Geldstrafe sowie die Einführung der gemeinnützigen Arbeit als Strafe erreicht werden. Die genannten

Das Kurzlehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, das mittlerweile in sechster Auflage vorliegt, ist ideal für das erste Verständnis des Rechtsgebietes auf Bachelor-Stufe, eignet sich aber auch hervorragend zur Repetition des Lehrstoffs vor dem strafrechtlichen Examen. Im Vordergrund stehen die Darstellung der grundlegenden Strukturen sowie die Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Gebieten des schweizerischen Strafrechts.

Über 90 Fallbeispiele und zahlreiche Graphiken sowie Tabellen veranschaulichen die Darstellung und geben einen gut verständlichen Überblick über viele Sachprobleme sowie Hinweise zu Aufbaufragen.

Der Inhalt

- Einführung in das Strafrecht:
Aufgaben und Ziele des Strafrechts, Straftat, Entwicklung eines Strafrechtsfalls, Stellung des Strafrechts in der Rechtsordnung, Aufbau des StG
- Prinzipien des Strafrechts
- Räumlicher Geltungsbereich
- Zurechnungslehre:
objektiver und subjektiver Tatbestand, Rechtfertigung, Schuld, vorsätzlich vollendetes unechtes Unterlassungsdelikt, Versuch und Vorbereitung, Täterschaft und Teilnahme, Fahrlässigkeit, Konkurrenzen
- Rechtsfolgen

Die Autoren

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Kurt Seelmann ist emeritierter Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Basel.

Prof. Dr. iur. Christopher Geth ist Assistenzprofessor für Strafrecht am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Bern.

