

Bernhard Sträuli

**La procédure pénale dans la jurisprudence
du Tribunal fédéral**

Chronique de la pratique publiée durant l'année 2013

Sarah Summers/David Studer

Fairness im Strafverfahren?

Eine empirische Untersuchung

Monika Simmler

Sieben enttäuschte Hoffnungen?

**Zur statistischen Überprüfung der realen Folgen
der AT-Revision**

Florian Jenal

Indirekte Sterbehilfe

**Gebotener Dienst am Patienten oder strafbare Tötung
auf Verlangen?**



Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

J. Gauthier, Prof., Lausanne – *St. Trechsel*, Prof., Bern/Den Haag – *R. Roth*, Prof., Genève/Den Haag – *A. Donatsch*, Prof., Zürich/Unterengstringen – *P.-H. Bolle*, Prof., Neuchâtel – *K.-L. Kunz*, Prof., Bern – *M. Pieth*, Prof., Basel – *F. Riklin*, Prof., Freiburg – *J.-B. Ackermann*, Prof., Luzern – *L. Moreillon*, Prof., Lausanne – *H. Vest*, Prof., Bern – *A. Kuhn*, Prof., Neuchâtel – *A. Niggli*, Prof., Freiburg – *W. Wohlers*, Prof., Basel, *U. Cassani*, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. Ursula Cassani, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. Wolfgang Wohlers, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – *B. Bouloc*, Prof., Paris – *R. Moos*, Prof., Linz – *Dr. M. Rutz*, a.Obergerichtsschreiberin, Liestal – *M. Schubarth*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *F. Sgubbi*, Prof., Bologna – *M.-A. Beernaert*, Prof., Louvain – *W. Perron*, Prof., Freiburg i.Br. – *O. Lagodny*, Prof., Salzburg

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZStrR vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits. L'acceptation des contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal ZStrR. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 171.– Ausland Fr. 180.–
inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8,0% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 132.–

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inhalt – Sommaire

Abhandlungen – Etudes

La procédure pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral Chronique de la pratique publiée durant l'année 2013 Par <i>Bernhard Sträuli</i>	1
Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung Von <i>Sarah Summers/David Studer</i>	45
Sieben enttäuschte Hoffnungen? Zur statistischen Überprüfung der realen Folgen der AT-Revision Von <i>Monika Simmler</i>	73
Indirekte Sterbehilfe – Gebotener Dienst am Patienten oder strafbare Tötung auf Verlangen? Von <i>Florian Jenal</i>	100

Literaturanzeigen – Bibliographie

<i>Boris Bröcker</i> , Strafrechtliche Verantwortlichkeit ohne Willensfreiheit (<i>Wolfgang Wohlers</i>). . .	126
<i>Adrian Berlinger</i> , Glaubhaftigkeitsbegutachtung im Strafprozess (<i>Wolfgang Wohlers</i>).	128
<i>Gudrun Hochmayr</i> , «Ne bis in idem» in Europa (<i>Wolfgang Wohlers</i>)	130
Korrigendum zu ZStrR 4/2015.	132

Mitarbeiter dieses Heftes – Ont collaboré à ce fascicule:

Florian Jenal, Hauptstrasse 72, 4127 Birsfelden

Monika Simmler, MLaw, Wissenschaftliche Assistentin, Universität St. Gallen, Forschungsgemeinschaft für Rechtswissenschaft, Tigerbergstrasse 21, 9000 St. Gallen

Prof. *Bernhard Sträuli*, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail, 1211 Genève 4

Dr. iur. et lic. phil. *David Studer*, Anwaltsbüro Siegen, Stadtturmstrasse 10, Postfach, 5401 Baden

Prof. Dr. *Sarah Summers*, Assistenzprofessorin für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich

Monika Simmler, St. Gallen

Sieben enttäuschte Hoffnungen?

Zur statistischen Überprüfung der realen Folgen der AT-Revision

Inhaltsübersicht

- I. Die angestrebten Ziele der AT-Revision 2007
- II. Die sieben Hoffnungen im Spiegel empirischer Befunde: Was ist passiert?
 1. Verdrängung kurzer Freiheitsstrafen als kriminalpolitischer Meilenstein
 2. Etablierung der Geldstrafe als wichtigste Sanktion
 3. Flexibilisierung durch Erweiterung des bedingten und Einführung des teilbedingten Strafvollzugs
 4. Erhöhung der «Artenvielfalt» durch Einführung der gemeinnützigen Arbeit als Hauptstrafe
 5. Entlastung der Vollzugseinrichtungen
 6. Bessere Verankerung rechtsstaatlicher Grundsätze im Massnahmenrecht
 7. Erhöhung der öffentlichen Sicherheit durch Verwahrungen
- III. Die Re-Revision: letzte Rettung oder verfrühter Tatendrang?
- IV. Fazit: Einsicht, Akzeptanz und neue Hoffnung

I. Die angestrebten Ziele der AT-Revision 2007

Seit dem 1. Januar 2007 ist die bisher umfassendste Totalrevision des Allgemeinen Teils des StGB in Kraft. Deren Vorgeschichte ist lang und deren Inhalt Resultat langatmiger und intensiver Debatten. Der Bundesrat hatte bereits 1983 erstmals Anstoss zur Erarbeitung eines Vorentwurfes gegeben. Der von *Hans Schultz* vorgelegte Entwurf¹ wurde von einer 30-köpfigen Expertenkommission weiterentwickelt und 1998 dem Parlament erstmals vorgelegt. Die Annahme der Verwahrungsinitiative² und weitere Korrekturvorschläge aus Lehre und Praxis führten dann zu einer weiteren Verzögerung bis zur Inkraftsetzung 2007.

Ursprüngliches Ziel der Revision war die Neuordnung und Ausdifferenzierung der Strafen und Massnahmen. Dies Aufgrund der vorherrschenden Meinung, dass das Sanktionensystem unter «Artenarmut» leide.³ So wurde das Sanktionen-

1 *H. Schultz*, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987.

2 BBl 2003 4434 und BBl 2004 2199.

3 BBl 1999 II 1979, 1981; *F. Bommer*, Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, in: Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, hrsg. von M. Heer-Hensler, Bern 2007, 11, 14; *K.-L. Kunz*, Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizerischen Erwachsenenstrafrechts, ZStrR 1999, 234, 235.

recht zum «pièce de résistance» der AT-Revision.⁴ Dabei waren die Revisionsbestrebungen nicht zuletzt auch stark durch die vorangegangenen kriminalpolitischen Diskussionen und «Trends» seit den 60er- und 70er-Jahren beeinflusst: Nicht das Strafen und damit die Übelszufügung sollte im Zentrum des Sanktionenrechts stehen, sondern die Resozialisierung, d. h. die Wiedereingliederung der Straftäter in die Gesellschaft. Der Vergeltungs- und Sühneganke des traditionellen Strafrechts wurde somit immer weiter durch spezialpräventive Ansätze verdrängt.⁵ Dieser Logik folgend waren Freiheitsstrafen, welche nach der damaligen Mehrheitsmeinung primär Übelszufügung bedeuteten, nur als «letzte Zuflucht des staatlichen Rechts» überhaupt zulässig und sollten dringendst zurückgedrängt werden.⁶ Ein weiteres zentrales Anliegen der Revision war die Verstärkung des Schutzes vor gefährlichen Gewalttättern.⁷ Im Vergleich zum Resozialisierungspostulat im Bereich der Freiheitsstrafen war diese Forderung gerade gegenteilig Ausfluss einer punitiven Wende und eines repressiven Trends in den 90er-Jahren.⁸

Neben kleineren oder auch rein redaktionellen Korrekturen lassen sich im Kern sieben zentrale Anliegen ausmachen, welche mit der AT-Revision verfolgt wurden: Die als sozialschädlich, kostspielig und wenig sinnvoll betrachteten kurzen Freiheitsstrafen bis zu einer Dauer von sechs Monaten sollten quasi gänzlich verdrängt werden (1. *Hoffnung*).⁹ Als Ersatz waren primär Geldstrafen vorgesehen, welche sich als zentrale Hauptstrafe etablieren sollten (2. *Hoffnung*). Auch die Einführung der Tagessatzgeldstrafe hatte primär – neben gerechteren und transparenteren Bemessungsregeln – das Ziel, die kurzen unbedingten Freiheitsstrafen zurückzudrängen und Freiheitsstrafen unter einem Jahr mit einer attraktiven

4 F. Riklin, Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, hrsg. von B. Tag/M. Hauri, Zürich 2006, 73, 74.

5 B. F. Brägger, Einführung in die neuen Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches zum Sanktionensystem und zum Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen, Bern 2007, 2.

6 J. Sollberger, Die neuen Strafen des Strafgesetzbuches in der Übersicht, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, hrsg. von F. Bänziger/A. Hubschmid/J. Sollberger, 2. Auflage, Bern 2006, 19, 24 f.

7 BBl 1999 II 1979, 1981.

8 Riklin (Fn. 4), 102; M. Heer, Lange Strafen und längere Verwahrungen – ein Überblick über das geltende und das künftige Recht, in: Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, hrsg. von V. Dittmann/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger, 171, 189 f.; S. Trechsel/B. Stöckli, Praxiskommentar StGB, hrsg. von S. Trechsel et al., 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2012, Vor Art. 56 N 1.

9 Dies aufgrund der damals vorherrschenden Meinung in der Wirkungsforschung, dass kurze Freiheitsstrafen mehr Schaden als Nutzen bringen. Diese Erkenntnis ist allerdings nach wie vor umstritten. Siehe z. B. kritisch M. Killias, Der Kreuzzug gegen kurze Freiheitsstrafen, in: Reform der strafrechtlichen Sanktionen, hrsg. von S. Bauhofer/P.-H. Bolle, Chur/Zürich 1994, 111 ff.

Alternative zu konkurrenzieren.¹⁰ Die Erhöhung der Obergrenze des bedingten Strafvollzugs und die Einführung des teilbedingten Vollzugs sollten ferner – neben einer Flexibilisierung – dazu beizutragen, dass vollziehbare Freiheitsstrafen überhaupt eher vermieden werden (3. *Hoffnung*).¹¹ Die «Sanktionenarmut» des bisherigen Rechts sollte u. a. durch die Einführung der gemeinnützigen Arbeit beseitigt werden (4. *Hoffnung*).¹² Mit all diesen Forderungen war auch die Erwartung verbunden, dass die Vollzugseinrichtungen massgeblich entlastet werden können (5. *Hoffnung*).

Das Sanktionenrecht wurde auch im Bereich der Massnahmen stark überarbeitet, obwohl dabei am Grundkonzept des alten Massnahmenrechts festgehalten wurde und keine grundsätzliche Neuausrichtung zu erkennen war.¹³ Der Schwerpunkt lag darin, die freiheitsentziehenden Massnahmen an rechtsstaatliche Sicherungen zu binden und generell rechtsstaatliche Grundsätze im Massnahmenrecht besser zu verankern (6. *Hoffnung*).¹⁴ Auch die neuen umfangreichen bundesrechtlichen Bestimmungen zum Vollzug und zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen, welche – ohne die kantonale Souveränität in der genauen Umsetzung der Grundsätze infrage zu stellen – ins StGB aufgenommen wurden, haben zum Ziel, die Rechtsstellung der Gefangenen einheitlich festzusetzen und den Grundrechtsschutz zu verbessern.¹⁵ Im Bereich der schweren Kriminalität sollte, wie bereits oben angesprochen, der Schutz der öffentlichen Sicherheit verbessert und deshalb die neue Sicherheitsverwahrung – trotz anhaltender Kritik aus rechtsstaatlicher Sicht¹⁶ – umfassender ausgestaltet und die Entlassungsbedingungen verschärft werden (7. *Hoffnung*).¹⁷

10 Riklin (Fn. 4), 78.

11 Bommer (Fn. 3), 14 f.; G. Stratenwerth, Das künftige System der Sanktionen im Erwachsenenstrafrecht, in: Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege der Kriminalitätsbekämpfung, hrsg. von V. Dittmann/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger, Chur 2002, 371, 372.

12 Brägger (Fn. 5), 4 f.; M. Heer, in: Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013 Vor Art. 56 N 22; S. Trechsel/M. Keller, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, hrsg. von S. Trechsel/M. Pieth, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Vor Art. 34 N 2.

13 Riklin (Fn. 4), 93; M. Heer, Das neue Massnahmenrecht zum ersten, zum zweiten, zum dritten ..., Anwaltsrevue 2005, 303.

14 Bommer (Fn. 3), 15.

15 Brägger (Fn. 5), 6 f.

16 Riklin (Fn. 4), 94; Heer (Fn. 13), 308; K.-L. Kunz, Die Verwahrung psychisch unauffälliger Straftäter – ein Problem für den Rechtsstaat? Überlegungen zur Legitimität der sichernden Verwahrung, ZStrR 2004, 234 ff.; M. Forster, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, AJP 2004, 418, 420 f.

17 BBl 1999 II 1981.

Diese Anliegen waren zum Teil heftig umstritten. Der neue AT ist nun seit fast neun Jahren in Kraft und es wird Zeit, kurz und übersichtlich darzustellen, inwieweit diese Ziele tatsächlich erreicht bzw. welche Hoffnungen erfüllt und welche enttäuscht wurden. In Bezug auf die oben skizzierten sieben zentralen «Hoffnungen» soll deshalb geprüft werden, inwieweit der gewünschte Effekt real eingetroffen ist und was nach neun Jahren Praxis von den einstigen Zielen übrig geblieben ist.

II. Die sieben Hoffnungen im Spiegel empirischer Befunde: Was ist passiert?

1. Verdrängung kurzer Freiheitsstrafen als kriminalpolitischer Meilenstein

Zentrales und hitzig diskutiertes Ziel der Revision war die Zurückdrängung unbedingter kurzer Freiheitsstrafen. Diesen hatte man sowohl im Verlaufe der kriminalpolitischen Debatte als auch in der strafrechtlichen und kriminologischen Literatur mehrheitlich eine desintegrierende und schädliche Wirkung attestiert, welche dem Resozialisierungsgedanken im Weg stehen würde.¹⁸ Die Freiheitsstrafe sollte also in Zukunft nur noch als Ultima Ratio figurieren,¹⁹ während sie unter dem vor 2007 geltenden Recht im Vordergrund stand und im internationalen Vergleich äusserst häufig ausgesprochen wurde.²⁰ Die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe – aber auch der Freiheitsstrafe überhaupt²¹ – fusste neben Kostenüberlegungen auf der Überzeugung, dass eine kurze Inhaftierung eine erzieherische Beeinflussung des Verurteilten kaum ermögliche und der bloss kurzzeitige Vollzug gerade im Gegenteil oft mit desozialisierenden und kriminogenen Folgen

18 So z.B. *Riklin* (Fn. 4), 77; *B.F. Brägger*, in: *Basler Kommentar Strafrecht I*, hrsg. von M.A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 40 N 2; *G. Mazzucchelli*, in: *Basler Kommentar Strafrecht I*, hrsg. von M.A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 41 N 6.

19 *M. Killias/A. Kuhn/N. Dongois/M.F. Aebi*, *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern 2009, 206; *Brägger* (Fn. 18), Art. 40 N 1; *Mazzucchelli* (Fn. 18), Art. 41 N 5.

20 Die Schweiz sei zuvor der «Weltmeister» gewesen in der Verhängung kurzer Freiheitsstrafen. So *F. Riklin*, *Zur geplanten Sanktionenreform*, in: *Festschrift für Hans Wiprächtiger*, hrsg. von M. Heer/S. Heimgartner/M.A. Niggli/M. Thommen, Basel 2011, 29, 30; *K.-L. Kunz*, *Die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen als zentrales Anliegen der Sanktionsreform in der Schweiz*, in: *Grundfragen staatlichen Strafens – Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von G. Britz/H. Jung/H. Koriath/E. Müller, München 2001, 453 f.

21 *Sollberger* (Fn. 6), 25; *Trechsel/Keller* (Fn. 12), Vor Art. 40 N 1.

verbunden sei.²² Als Folge dieser skeptischen Haltung wurden bereits ab den 70er-Jahren verschiedene Vollzugserleichterungen eingeführt. In anderen Ländern, etwa in Skandinavien und den Niederlanden, war zur gleichen Zeit allerdings ein gegenläufiger Trend zu beobachten: Das Konzept der sogenannten «short sharp shocks», wonach die kurze Freiheitsstrafe als individualabschreckend im Sinne eines Denkkzettels bevorzugt angewendet wird, fand dort seine Anhänger.²³ Auch in der Schweiz war und ist die Wirkung von kurzen Freiheitsstrafen stets umstritten geblieben, gerade auch weil trotz zahlreichen Untersuchungen eindeutige empirische Ergebnisse fehlen. Eine systematische Literaturübersicht,²⁴ bei der weltweit alle verfügbaren Untersuchungen einbezogen wurden, hat keinerlei schädliche Einflüsse des (kurzen) Freiheitsentzugs ergeben. Auch ein kontrolliertes Experiment²⁵ in der Schweiz hat gezeigt, dass auf lange Sicht Gefangene keineswegs schlechter abschneiden.²⁶ Die mit Zurückhaltung zu interpretierenden Studien zu diesem Thema lassen für den Moment nur die Annahme zu, dass aufgrund rein spezialpräventiver Gesichtspunkte von einer Austauschbarkeit der Sanktionen ausgegangen werden muss.²⁷

Vertreter dieser Austauschbarkeitsthese argumentierten allerdings, dass aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips stets die Sanktion zu wählen sei, welche weniger stark in die persönliche Freiheit des Bestraften eingreife.²⁸ Weiter wurde, Kostenüberlegungen miteinbeziehend, angeführt, dass jede Art stationärer Unterbringung schlecht abschneide und deshalb nur sehr gezielt einzusetzen und auf Fälle zu begrenzen sei, in denen eine solche zur schuldgerechten Ahndung und

22 *Mazzucchelli* (Fn. 18), Art. 41 N 7; *M. H. Knüsel*, Die teilbedingte Freiheitsstrafe, Diss. Bern 1995, 57 ff.; *K.-L. Kunz*, Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeit ihres Ersatzes. Eine kriminalpolitische Bilanz, ZStrR 1986, 182, 186 ff.; *F. Riklin*, Zur Diskussion über die kurzen Freiheitsstrafen und die Alternativen im europäischen Ausland, in: Der Strafvollzug in der Schweiz 3/1985, 122 f.; *A. Baechtold*, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2009, 39 ff.

23 *Mazzucchelli* (Fn. 18), Art. 41 N 8 f.

24 *P. Villettaz/M. Killias/I. Zoder*, The effects of custodial vs. non-custodial sentences on re-offending: A systematic review of the state of knowledge (www.campbellcollaboration.org/lib/download/108/), 2006.

25 *G. Gilliéron/C. Poglia/F. Villard/J. Vuille/C. Perisset/M. Killias*, Bessere Resozialisierung nach gemeinnütziger Arbeit? Ein Vergleich mit kurzen Freiheitsstrafen – 11 Jahre später, Crimioscope Nr. 34, 2006.

26 Siehe auch *Killias/Kuhn/Dongois/Aebi*, Grundriss (Fn. 19), 225.

27 *Mazzucchelli* (Fn. 18), Art. 41 N 10.

28 So z. B. *L. Moreillon/A. Bichovsky*, Fixation de la peine – Peine pécuniaire, travail d'intérêt général, sursis et sursis partiel: 3 ans de jurisprudence, ZStrR 2010, 233, 239 f.; *Knüsel* (Fn. 22), 123 f.; *H. Schöch*, Die Rechtswirklichkeit und präventive Effizienz strafrechtlicher Sanktionen, in: Kriminalprävention und Strafjustiz, hrsg. von J.-M. Jehle, Wiesbaden 1996, 291, 299 f.; *Kunz* (Fn. 3), 245.

zur Gesellschaftssicherung unvermeidlich sei.²⁹ Eine Minderheitsmeinung, welche den Vorteil kurzer Freiheitsstrafen darin sah, dass sie alle gleich stark treffen, während von der Zurückdrängung nur Ober- und Mittelschichtsangehörige profitieren würden, was einer reinen sozialen Umverteilung gleich käme, blieb ungehört.³⁰ Weiter wurde von Befürwortern der kurzen Freiheitsstrafe angeführt, dass sich ein höherer Nutzen freiheitsentziehender Sanktionen gegenüber anderen daraus ergebe, dass neben der Neutralisierungswirkung der Inhaftierung selbst nur der Freiheitsentzug als Ultima Ratio der staatlichen Intervention den höchstmöglichen gesellschaftlichen Tadel zum Ausdruck bringe.³¹

Nach dem neuen Art. 41 StGB blieb – als Ergebnis dieses Lehrstreits – eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur noch unter sehr restriktiven Voraussetzungen möglich. Seit 2007 soll die kurze Freiheitsstrafe nur noch zum Einsatz kommen, wenn zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Abs. 1) oder wenn sie als Ersatz für eine nicht bezahlte Geldstrafe oder nicht geleistete gemeinnützige Arbeit dient (Abs. 3). Abgesehen von diesen Ausnahmen sollte in all jenen Fällen, in denen früher eine kurze Freiheitsstrafe verhängt wurde, an ihre Stelle neu eine Geldstrafe oder die gemeinnützige Arbeit treten. Aufgrund dieser rechtlichen Neuerung ist seit 2007 konsequenterweise ein markanter Rückgang bei den kurzen Freiheitsstrafen zu verzeichnen, wie sich in der Grafik 1 deutlich zeigt. Während 2006 noch 12 240 unbedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten ausgesprochen wurden, waren es 2007 auf einen Schlag nur noch 4022. Interessant ist aber die Entwicklung seither: Es wurden erneut immer mehr kurze unbedingte Freiheitsstrafen verhängt und im Jahr 2014 war bereits wieder ein Wert von 9640 Verurteilungen erreicht. Gerade im Bereich der Strafen zwischen einem und sechs Monaten ist mit 6857 Verurteilungen 2014 sogar ein höherer Wert als 2006 mit 5462 Verurteilungen zu verzeichnen (2007: 2379). In diesem Bereich war die Zurückdrängung offenbar von kurzer Dauer. Nachhaltig war die Wirkung nur bei den ganz kurzen Freiheitsstrafen von unter einem Monat.³² Sollte dieser Trend anhalten, werden kurze unbedingte Freiheitsstrafen in Zukunft keineswegs weniger ausgesprochen als vor der Revision.

Eine im Vorfeld der Revision laut gewordene Befürchtung war die, dass die neuen gesetzlichen Vorschriften zur Zurückdrängen der kurzen Freiheitsstrafe nicht zu einer Senkung des Strafpegels, sondern ganz im Gegenteil zu dessen Anhebung durch die vermehrte Verhängung längerer Freiheitsstrafen führen könnte.

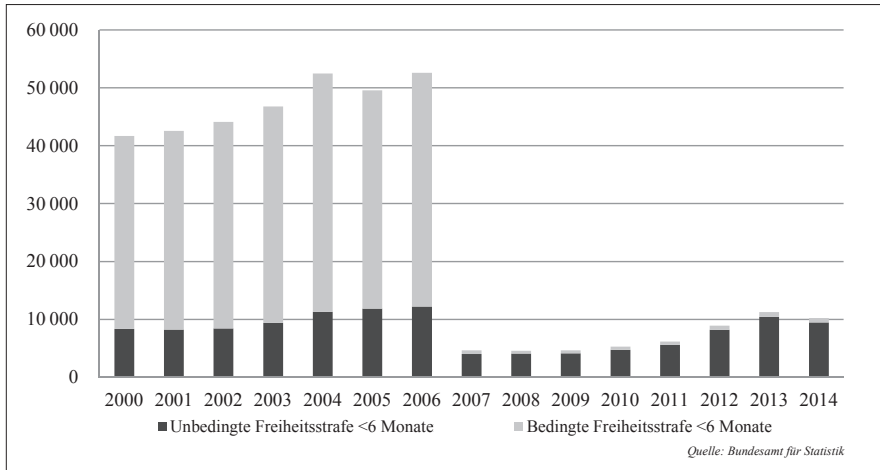
29 Kunz (Fn. 3), 240 f.

30 Killias (Fn. 9), 124 ff.; M. Killias, Dem organisierten Chaos entgegen: die Geldstrafe im neuen Strafgesetzbuch, Jusletter vom 17. 1. 2005, Rz. 11; M. Killias, Korrektur einer verunglückten Gesetzgebung: zur erneuten Revision des AT-StGB, ZSR 2011, 627, 632 f.

31 Kunz (Fn. 3), 240.

32 Bundesamt für Statistik – Strafurteilsstatistik (SUS), Stand 30. 4. 2015.

Grafik 1: Entwicklung der Verurteilungen von Erwachsenen zu kurzen Freiheitsstrafen als Hauptstrafe für ein Verbrechen oder Vergehen, 2000–2014



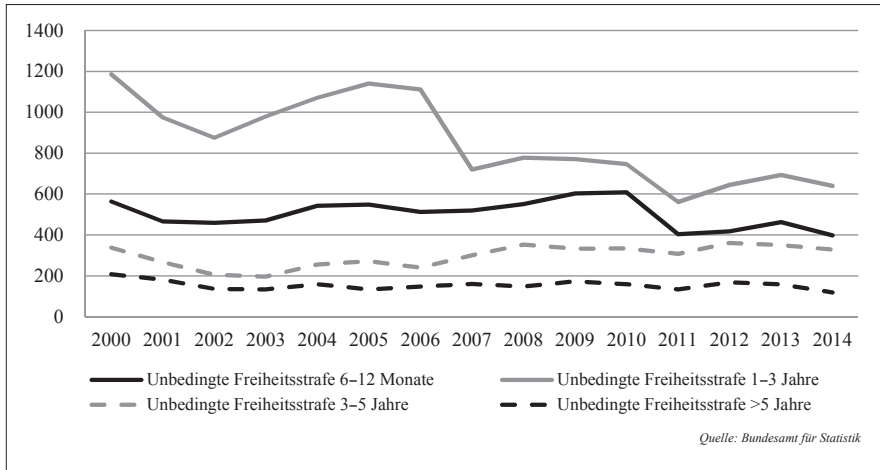
Die Praxis werde – so die Befürchtung – das Reformanliegen pervertieren, indem sie sich veranlasst sehe, nunmehr eine vollziehbare Freiheitsstrafe von sechs Monaten und darüber zu verhängen.³³ Es gibt allerdings statistisch keine Anzeichen dafür, dass sich diese Befürchtung bewahrheitet hat. Die verhängten Freiheitsstrafen zwischen sechs bis zwölf Monaten sind nach einem kurzen leichten Anstieg wieder abgesunken und heute auf einem tieferen Niveau als vor der Revision. Allerdings ist im Bereich der längeren Freiheitsstrafen ab drei Jahren ein Anstieg zu verzeichnen, was im Rahmen der Anhebung der Obergrenze des bedingten und der Einführung des teilbedingten Vollzugs noch zu diskutieren sein wird.

Interessant wird es bei der Frage, gegen wen denn nun die doch eigentlich zurückgedrängten kurzen Freiheitsstrafen nach wie vor verhängt werden. Erste Praxiserfahrungen deuten darauf hin, dass kurze unbedingte Freiheitsstrafen vor allem bei Ausländern ausgesprochen werden, die sich illegal in der Schweiz aufhalten oder auch bei rückfälligen Drogenkriminellen.³⁴ Dies bestätigt die Befürchtung, dass die Verdrängung zu einer selektiven Sanktionierung führen würde und nur noch bestimmte Bevölkerungskreise überhaupt betroffen seien. Die nachfolgende Grafik zeigt diese Entwicklung sehr deutlich. Waren 2006 noch 39% der zu

33 So Kunz (Fn. 3), 45, der diese These allerdings ablehnt. Weiter siehe auch A. Kuhn, Les effets possibles de la révision du droit suisse des sanctions, ZStrR 1999, 290, 292.

34 C. Schaer/F. Bratschi, Erste Erfahrungen erstinstanzlicher Richterinnen mit dem neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, Anwaltsrevue 2007, 375, 376; R. Grädel, Erste Erfahrungen der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern mit dem neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, Anwaltsrevue 2007, 383, 386.

Grafik 2: Entwicklung der Verurteilungen von Erwachsenen zu unbedingten Freiheitsstrafen ab sechs Monaten als Hauptstrafe für ein Verbrechen oder Vergehen, 2000–2014



einer unter sechsmonatigen Freiheitsstrafe Verurteilten Schweizer, waren es 2014 gerade noch 9%. Interessant ist hier auch ein tieferer Blick in die Statistik: Von den 8580 zu einer solchen Strafe verurteilten Ausländern im Jahr 2014 waren nur 7% Ausländer mit B-, C- und Ci-Ausweis, wohingegen die restlichen 93% auf Personen mit anderem Aufenthaltsstatus entfallen.³⁵

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass eines der primären Ziele der Revision, die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen, nur in sehr bescheidenem Umfang erreicht worden ist. Unbedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten haben ihre Bedeutung im Strafvollzug kaum eingebüsst und der kurzfristige Effekt scheint schnell verblasst zu sein. Dies könnte unter anderem auch darauf zurückzuführen sein, dass die Praxis kurze unbedingte Freiheitsstrafen mehrheitlich nach wie vor als sinnvoll einschätzt.³⁶

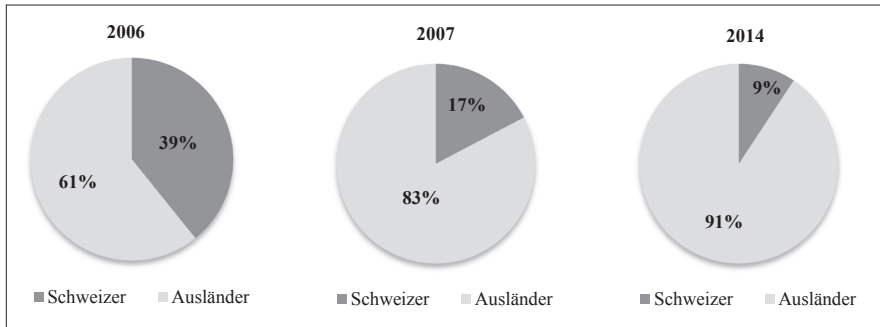
2. Etablierung der Geldstrafe als wichtigste Sanktion

Durch die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen und die Neupositionierung der Geldstrafe, sollte diese zur zentralen Hauptstrafe im Sanktionensystem

³⁵ Bundesamt für Statistik – Strafurteilsstatistik (SUS), Stand 30. 4. 2015.

³⁶ Econcept, Evaluation der Wirksamkeit des revidierten AT-StGB, Schlussbericht vom 30. März 2012 im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, 36.

Grafik 3: Vergleich der Verurteilungen von Erwachsenen zu unbedingten Freiheitsstrafen unter sechs Monaten als Hauptstrafe für ein Verbrechen oder Vergehen nach Staatszugehörigkeit



werden.³⁷ Neben der grundsätzlichen Infragestellung der präventiven Wirkung von Freiheitsstrafen ging mit diesem Anliegen auch das Bestreben einher, die Kosten des Strafvollzugs insgesamt zu senken und das Strafjustizsystem wirtschaftlich zu optimieren.³⁸

Die Einführung des Tagessatzsystems nach skandinavischen und anderen Vorbildern sollte die Geldstrafe gerechter und damit attraktiver machen.³⁹ In der Formulierung in Art. 34 StGB, nach der eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen ausgesprochen werden kann, kommt zum Ausdruck, dass sie als Alternative zu Freiheitsstrafen von bis zu einem Jahr gedacht ist.⁴⁰ Die Höhe der Tagessätze bestimmt sich dabei nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters. In der Anzahl der Tagessätze soll sich das Ausmass des Verschuldens widerspiegeln.⁴¹ Trotz dieser gesetzlichen Umschreibungen verbleibt ein beträchtlicher Ermessensbereich, welcher die Behörden vor grosse Schwierigkeiten im Einzelfall stellen kann. Die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden stellt Erhebungsformulare bereit, die es ermöglichen sollen, in der Mehrzahl der Fälle mit wenig Aufwand die notwendigen Berechnungen vorzunehmen und eine gewisse Einheitlichkeit zu garantieren, was in der Praxis dankend aufgenommen wurde.⁴² Auch die Gerichte

37 Kuhn (Fn. 33), 295.

38 BB1 1999 II 1984.

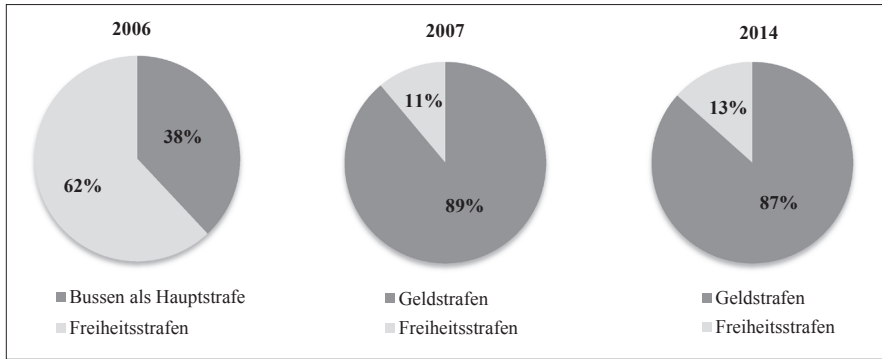
39 Bommer (Fn. 3), 17; Trechsel/Keller (Fn. 12), Art. 34 N 3.

40 Riklin (Fn. 4), 78.

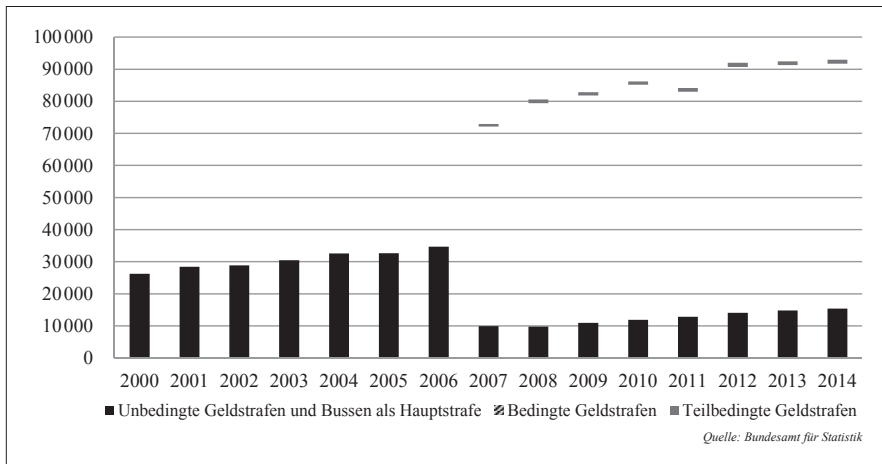
41 Bommer (Fn. 3), 18.

42 Riklin (Fn. 4), 79 f.; R. Binggeli, Die Geldstrafe, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, hrsg. von F. Bänziger/A. Hubschmid/J. Sollberger, 2. Auflage, Bern 2006, 67; Grädel (Fn. 34), 384.

Grafik 4: Entwicklung der Verteilung von Verurteilungen von Erwachsenen zu Geldstrafen und Freiheitsstrafen als Hauptstrafe für ein Verbrechen oder Vergehen



Grafik 5: Entwicklung der Verurteilungen von Erwachsenen zu einer Geldstrafe als Hauptstrafe, 2000–2014



scheinen sich z. B. an dem von der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden empfohlenen Mindesttagessatz von CHF 30.– zu orientieren.⁴³

Wie Grafik 4 und 5 zeigen, hat die Geldstrafe durchaus wie beabsichtigt an Bedeutung gewonnen. Allerdings primär die bedingte Geldstrafe. Es war im Vorfeld kaum davon die Rede, dass der bedingten Geldstrafe dermassen Vorschub ge-

43 M. Cavin, Erste Erfahrungen des Obergerichts des Kantons Bern mit dem neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, Anwaltsrevue 2007, 378, 381; Empfehlungen der KSBS abrufbar unter <http://www.ssk-cps.ch/empfehlungen>.

leistet werden soll, gerade auch weil ihr spezialpräventiver Effekt als sehr bescheiden eingeschätzt wird.⁴⁴ Es kann aber davon ausgegangen werden, dass in der Praxis eine bedingte Geldstrafe regelmässig mit einer Busse verbunden wird, wobei der bedingten Strafe damit mehr Nachdruck verliehen werden soll.⁴⁵ Solche Bussen in Verbindung mit einer anderen Strafe sind wohl deshalb häufiger geworden. War eine solche im Bereich der Vergehen und Verbrechen im Jahr 2006 noch 26 773 Mal ausgesprochen worden, so wurde eine solche 2007 bereits 61 217 Mal und 2014 gar 78 617 Mal verhängt.⁴⁶

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Etablierung der Geldstrafe als zentrale Sanktion grundsätzlich gelungen ist und sich die Einführung des Tagessatzsystems bewährt hat. Das Ziel, mit dieser Etablierung die unbedingten Freiheitsstrafen zurückzudrängen, ist dabei – wie in den Grafiken 1 und 2 ersichtlich – allerdings nur in bescheidenem Umfang gelungen. Neben der Tatsache, dass seit 2007 insgesamt stetig mehr Strafen verhängt wurden,⁴⁷ könnte eine weitere mögliche Erklärung darin bestehen, dass die in grosser Zahl ausgesprochenen bedingten Geldstrafen schlichtweg keine vergleichbare Strafschärfe mit sich bringen und deshalb von der Praxis als Alternative nur bis zu einem gewissen Grad akzeptiert werden. Andererseits sind die Geldstrafen für gewisse Täterkreise keine adäquate Alternative, da es bei ihnen aufgrund der finanziellen Situation regelmässig zu einer Ersatzfreiheitsstrafe kommt und sich solche deswegen mehr und mehr häufen. Die gezielte Verlagerung von Freiheitsstrafen zu Geldstrafen dürfte deswegen zu einer selektiven Umverteilung der verschiedenen Strafarten geführt haben.

3. Flexibilisierung durch Erweiterung des bedingten und Einführung des teilbedingten Strafvollzugs

Der bedingte Strafvollzug konnte bis 2007 nur bis zu einer Obergrenze von 18 Monaten angeordnet werden, was im internationalen Vergleich gesehen eher tief war.⁴⁸ Art. 42 Abs. 1 StGB sieht nun neu vor, dass das Gericht den Vollzug einer Strafe von bis zu zwei Jahren aufschieben kann bzw. diese in der Regel aufschieben soll, wenn eine unbedingte Strafe nicht als notwendig erscheint. Neu sollte also für

44 Stratenwerth (Fn. 11), 374; G. Stratenwerth, Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 2004, 159, 162; Bommer (Fn. 3), 18 ff.; Econcept (Fn. 36), 55 ff.; Anders: A. Dolge, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen – Top oder Flop, ZStrR 2010, 58, 69 f.

45 Bommer (Fn. 3), 36, der darin allerdings eine «Preisgabe der inneren Kohärenz des Systems» sieht.

46 Bundesamt für Statistik – Strafurteilsstatistik (SUS), Stand 30. 4. 2015.

47 Bundesamt für Statistik – Strafurteilsstatistik (SUS), Stand 30. 4. 2015.

48 Riklin (Fn. 4), 82.

die Gewährung des bedingten Vollzugs nicht mehr eine gute Bewährungsprognose erforderlich sein, sondern bereits das Fehlen einer ungünstigen Prognose ausreichen. Diese Änderung sollte das Gewicht zugunsten des bedingten Vollzugs verlagern und durch die eindeutige Umschreibung der Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit das Gericht auf einen bedingten Vollzug verzichten kann, vor allem vollziehbare Freiheitsstrafen zurückdrängen.⁴⁹ Gleichzeitig ist die Obergrenze für die Gewährung des bedingten Vollzuges um sechs Monate angehoben worden, obwohl die Lehre im Vorfeld mehrheitlich für eine stärkere Anhebung der Obergrenze votiert hatte.⁵⁰

Teilbedingte Strafen, welche als ein für die schweizerische Rechtsordnung neues Institut eingeführt worden sind, sind bis zu einer Dauer von drei Jahren möglich.⁵¹ Die Einführung des «sursis partiel» wurde von der Expertenkommission ausdrücklich abgelehnt⁵² und die Berechtigung dieses Instituts wird von der Lehre bis heute diskutiert.⁵³ Zugunsten von teilbedingten Strafen wird angeführt, sie hätten aufgrund ihres Warncharakters eine heilsame Wirkung, der Spielraum des Richters nehme zu und sie würden den Strafvollzug entlasten.⁵⁴ Die prominent vertretenen Gegenargumente stellen genau das infrage: Der teilbedingte Vollzug sei unnötig, der Strafvollzug verliere seine Eigenart als Warnstrafe und stelle eine systemwidrige Konzession an die Anhänger des Sühngedankens dar.⁵⁵

Die Praxis scheint sich mit den Anordnungsvoraussetzungen des neuen «sursis partiel» schwer zu tun.⁵⁶ Die Abwägung zwischen bedingtem und unbedingtem Anteil bzw. die Frage, welcher Anteil sich aufgrund des Verschuldens und der Prognose rechtfertigt, stellt die Gerichte vor gewisse Herausforderungen.⁵⁷ Innerhalb der gesetzlichen Schranken liegt es im richterlichen Ermessen, die Höhe

49 G. Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, hrsg. von F. Bänziger/A. Hubschmid/J. Sollberger, 2. Auflage, Bern 2006, 97, 102; E. Omlin, Strafgesetzbuch – Revision des Allgemeinen Teils. Das wichtigste in Kürze, Basel 2006, 9; Sollberger (Fn. 6), 32.

50 Brägger (Fn. 18), Art. 40 N 4; Greiner (Fn. 49), 99; Stratenwerth (Fn. 11), 375; Kunz (Fn. 3), 247; BBl 1999 II 2049.

51 Trechsel/Stöckli (Fn. 8), Vor Art. 42 N 2.

52 Vorentwurf der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des StGB und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, 1993.

53 Übersichtlich und mit weiteren Nachweisen Greiner (Fn. 49), 107 f.

54 P.-E. Rochat, Le sursis partiel, ZStrR 1994, 427 ff.; A. Kuhn, Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 2003, 264, 273; Greiner (Fn. 49), 123.

55 Kunz (Fn. 3), 249; Stratenwerth (Fn. 11), 376; Trechsel/Stöckli (Fn. 8), Vor Art. 43 N 1.

56 S. Trechsel/M. Pieth Praxiskommentar StGB, hrsg. von S. Trechsel et al., 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2012, Art. 43 N 2 ff.

57 Grädel (Fn. 34), 387.

des vollziehenden Teils festzusetzen, wobei das Bundesgericht⁵⁸ bereits gewisse Leitplanken gesetzt hat.⁵⁹

Die mit der Revision eingeführte Flexibilisierung gilt nicht nur für Freiheitsstrafen, sondern für sämtliche Strafen. Die Möglichkeit der bedingten Geldstrafe wurde allerdings erst nachträglich vom Parlament eingefügt.⁶⁰ Dies ist in Lehre und Praxis auf Kritik gestossen, da bedingten Geldstrafen im Unterschied zu bedingten kurzen Freiheitsstrafen der nötige «Straferrnst fehle»⁶¹ und sie deshalb von der Praxis kaum als Alternative akzeptiert würden.⁶² Trotzdem scheint die bedingte Geldstrafe nun überraschend häufig ausgesprochen zu werden, wie im vorangegangenen Kapitel ersichtlich wurde (Grafik 5).⁶³

Im Vorfeld der Revision wurde die Befürchtung laut, die nur leichte Anhebung der Obergrenze der bedingten Freiheitsstrafe berge die reale Gefahr, die Gerichte zu veranlassen, bei als nötig erachtetem Vollzug einer Freiheitsstrafe eine höhere Strafe als bisher zu verhängen, um sich die mitunter schwierige Begründung einer Verweigerung des ansonsten möglichen bedingten Vollzugs zu ersparen.⁶⁴ Eine analoge Gesetzesänderung im Jahr 1971, als die Grenze von 12 auf 18 Monate angehoben wurde, hatte nachweislich einen solchen Effekt mit sich gebracht.⁶⁵ Grafik 2 hat bereits gezeigt, dass die verhängten längeren Freiheitsstrafen ab drei Jahren seit 2007 angestiegen sind. Dies scheint dafür zu sprechen, dass ein solcher Effekt auch nach der AT-Revision eingetroffen sein könnte.

Wie Grafik 6 belegt, wurden bei den Freiheitsstrafen zwischen sechs Monaten und drei Jahren – also überall da, wo der bedingte und der teilbedingte Vollzug ins Spiel kommen – tatsächlich wie erhofft weniger unbedingte Freiheitsstrafen ausgesprochen. Auch die Möglichkeit zu einer Verurteilung zu teilbedingten Freiheitsstrafen wird durchaus genutzt. Interessant für die Zurückdrängung der tatsächlich zu vollziehenden Freiheitsstrafen und damit für die Entlastung des

58 BGE 134 IV 1; BGer StrA 6B_298/2008 vom 1.7.2008; 6B_949/2009 vom 9.11.2010; 6B_866/2009 vom 22.2.2010; 6B_538/2007 vom 2.6.2008; 6B_6/2008 vom 15.4.2008.

59 R. M. Schneider/R. Garré, in: Basler Kommentar StGB, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 43 N 17 ff.

60 Bommer (Fn. 3), 26.

61 J. Sollberger, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 2003, 244, 257; Bommer (Fn. 3), 18 ff.; R. Binggeli, Die Geldstrafe, Anwaltsrevue 2001, 9, 15; Anders: S. Cimichella, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, Diss. Zürich 2006, 213 ff.

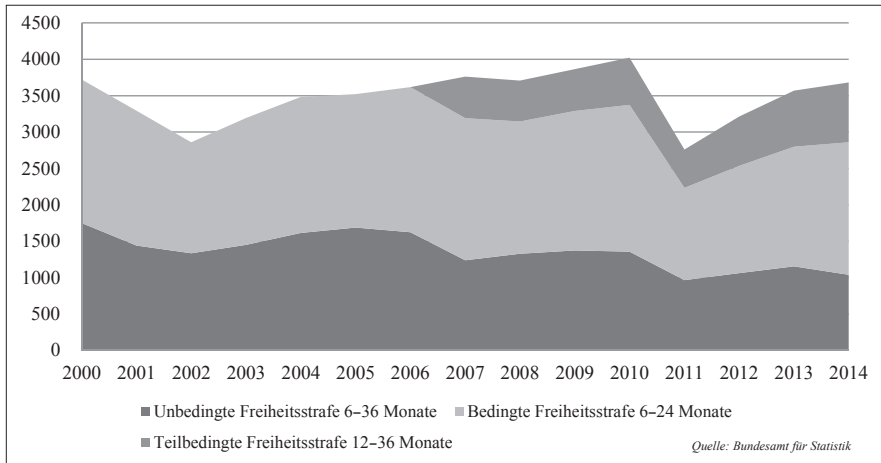
62 Medienmitteilung des Bundesrats vom 4.4.2012, «Die bedingten Geldstrafen abschaffen»; EJPD, Evaluation des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes, Zwischenbericht 2010, 15.

63 Bommer (Fn. 3), 28; Stratenwerth (Fn. 11), 374.

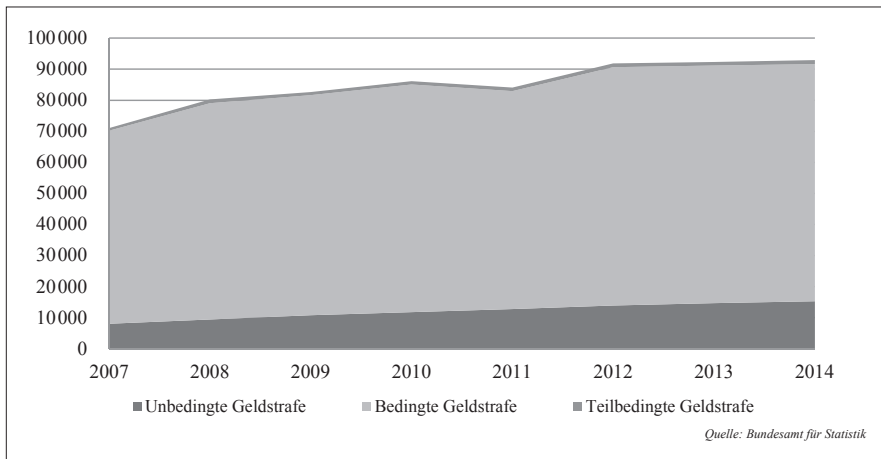
64 Kunz (Fn. 3), 247 f.; Kuhn (Fn. 33), 304 f.

65 A. Kuhn, Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral – ou comment réduire la population carcérale, Bern 1993, 117 ff.

Grafik 6: Entwicklung der Verurteilungen von Erwachsenen zu unbedingten, bedingten und teilbedingten Freiheitsstrafen zwischen 6 bis 36 Monaten als Hauptstrafe für ein Verbrechen oder Vergehen, 2000–2014



Grafik 7: Entwicklung der Verurteilungen von Erwachsenen zu unbedingten, bedingten und teilbedingten Geldstrafen als Hauptstrafe für ein Verbrechen oder Vergehen, 2007–2014



Strafvollzugs sind aber nicht nur die Urteile, sondern vor allem die später tatsächlich geschehenen Einweisungen in den Strafvollzug. Hier zeigt sich in der Strafvollzugsstatistik, dass die Einweisungen zu regulären Freiheitsstrafen etwa konstant geblieben bzw. eher gesunken sind. Einweisungen aufgrund eines Widerrufs einer bedingten Freiheitsstrafe unter Anordnung einer neuen unbedingten Frei-

heitsstrafe sind merklich zurückgegangen. Allerdings sind die Einweisungen aufgrund einer Ersatzfreiheitsstrafe seit 2007 stetig gestiegen (2007: 984/2014: 1518). Dies ist wiederum als ein Indiz dafür zu werten, dass Freiheitsstrafen keineswegs zurückgedrängt, sondern nur auf Personen verlagert wurden, welche nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügen.

Bei den Geldstrafen bleibt der teilbedingte Vollzug eine absolute Randscheinung (2007: 812/2014: 1283). Wie Grafik 7 ebenfalls zeigt, sind unbedingte Verurteilungen zu Geldstrafen seit 2007 stetig angestiegen. Den Löwenanteil machen aber die bedingten Geldstrafen aus. Als Fazit lässt sich hier festhalten, dass die Relevanz der Einführung des teilbedingten Vollzugs bescheiden bleibt, während der bedingte Vollzug immer mehr an Bedeutung gewinnt. Im Bereich der Freiheitsstrafen gilt er als bewährtes Mittel, und die Zurückdrängung des tatsächlichen Vollzugs war gewollt. Bei den Geldstrafen fragt sich, ob es wirklich Sinn der Sache war, hier primär nur noch bedingte Strafen auszusprechen.

4. Erhöhung der «Artenvielfalt» durch Einführung der gemeinnützigen Arbeit als Hauptstrafe

Mit den neuen Art. 37–39 StGB wurde die gemeinnützige Arbeit auch im Erwachsenenstrafrecht als neue Hauptstrafe eingeführt.⁶⁶ Die gemeinnützige Arbeit kommt als Ersatz für Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten oder Geldstrafen von bis zu 180 Tagessätzen infrage, sollte also ebenfalls als Alternative zu kurzen Freiheitsstrafen dienen. Da die gemeinnützige Arbeit mit bedeutend mehr Vollzugaufwand verbunden ist, sollte sie als Alternative zur Geldstrafe hingegen nur dann zum Zuge kommen, wenn eine Tat bzw. ein Täter nicht als «geldstrafentauglich» erscheint.⁶⁷ Schon aufgrund des Aufwands war von vornherein klar, dass die gemeinnützige Arbeit, auch wenn sie nun als gleichwertige Hauptstrafe ausgestaltet ist, kaum je den Stellenwert der Geldstrafe einnehmen könnte.⁶⁸

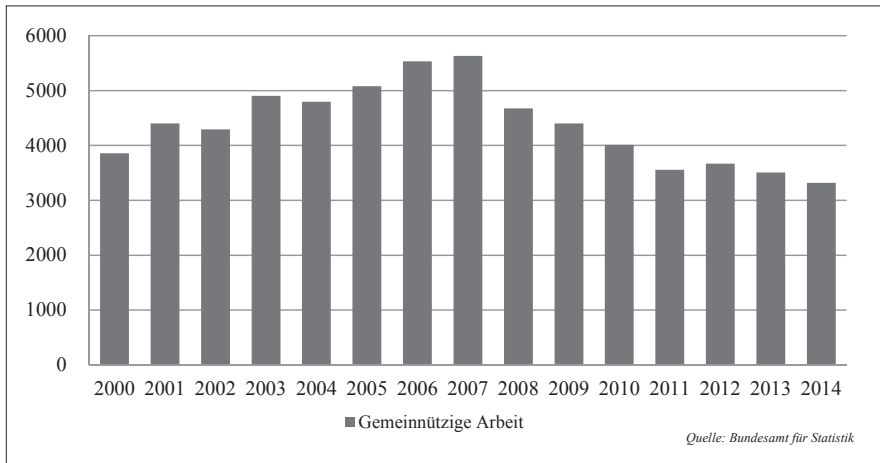
Das Ziel, die Vielfalt in der Auswahl zu erhöhen, kann mit der Einführung zumindest legislatorisch als erfüllt betrachtet werden. Allerdings dürfte in der Praxis der Entscheid für eine Sanktion gerade aufgrund dieser grossen Auswahl nicht leicht fallen. So bieten sich auf den ersten Blick bei Strafen in der Grössenordnung von bis zu sechs Monaten, welche die grosse Mehrheit der Fälle ausmachen, theoretisch mindestens sieben Sanktionsmöglichkeiten an.⁶⁹ Diese Varianten

66 Zur gemeinnützigen Arbeit siehe auch allgemein *M. Michlig*, Die gemeinnützige Arbeit – ein Auslaufmodell?, ZSR 2011, 595 ff.

67 *Riklin* (Fn. 4), 81.

68 *Bommer* (Fn. 3), 38.

69 *Sollberger* (Fn. 6), 37; *Stratenwerth*, (Fn. 44), 160.

Grafik 8: Entwicklung des Vollzugs von gemeinnütziger Arbeit, 2000–2014

tenvielfalt wird auch kritisiert, da sie Praktiker vor Schwierigkeiten stelle.⁷⁰ Die Praxis hat deshalb mitunter auch Ansätze entwickelt, mittels Empfehlungen die Variationen bei der Verhängung von Strafen zu ordnen und den Wildwuchs etwas einzudämmen.⁷¹

Die Realität zeigt nun aber, dass die gemeinnützige Arbeit entgegen der erklärten Absicht des Gesetzgebers seit dem Inkrafttreten des neuen AT deutlich an Boden verloren und, wie Grafik 8 illustriert, überraschenderweise stark zurückgegangen ist.⁷² In den Köpfen vieler Praktiker scheint immer noch das Bild der gemeinnützigen Arbeit als Vollzugsmassnahme vorzuherrschen, die Etablierung als Hauptstrafe gestaltet sich deshalb offenbar schwieriger als erwartet.⁷³

Die gemeinnützige Arbeit wird in der Praxis vor allem für kürzere Einsätze von bis zu 14 Tagen angewendet (77,7% im Jahr 2014).⁷⁴ Eher selten (10,9%) wird sie für Einsätze von über einem Monat angeordnet. Somit ergab sich 2014 eine durchschnittliche Einsatzdauer von 54 Stunden. In rund 10% der Fälle musste die

70 So Riklin (Fn. 4), 89 f., der weiter auch anführt, die Erkenntnisse der Kriminologie würden dafür sprechen, dass im Bereich der mittleren und geringfügigen Kriminalität die verschiedenen Sanktionen in Bezug auf die Rückfallquoten in weitem Ausmass austauschbar seien und diese «Variantenvielfalt» deshalb aus spezial- wie auch aus generalpräventiver Sicht kaum sinnvoll sei.

71 Trechsel/Stöckli (Fn. 8), Vor Art. 42 N 3.

72 Michlig (Fn. 66), 600 f.

73 Cavin, (Fn. 43), 379; Grädel (Fn. 34), 385; Killias, Korrektur (Fn. 30), 633 f.

74 Wobei vier Stunden Arbeitseinsatz einem Einsatztage entsprechen.

gemeinnützige Arbeit zudem abgebrochen werden. Interessant ist, dass sich der Rückgang der gemeinnützigen Arbeit nicht gleichmässig auf die Kantone verteilt: So hat z. B. der Kanton Bern 2007 noch 1914 solcher Strafen angeordnet und 2014 nur noch 1275. Auch der Kanton Aargau hat bei der gemeinnützigen Arbeit einen deutlichen Rückgang zu verzeichnen. So wurden dort im Vergleich zu 2007 mit 582 Fällen im Jahr 2014 gerade noch 94 registriert. In anderen Kantonen wie Freiburg oder Basel-Stadt steigt allerdings gleichzeitig die Anzahl vollzogener gemeinnütziger Arbeitseinsätze.⁷⁵ Diese Unterschiede lassen annehmen, dass die Beliebtheit dieser Sanktion primär mit der Einfachheit ihres Vollzugs zusammenhängt und deshalb wohl je nach konkretem Angebot grossen Schwankungen unterliegt.⁷⁶ Die Anordnung sei vor der Revision – als sie noch in den Zuständigkeitsbereich der Vollzugsbehörden fiel – einfacher und mit weniger Aufwand verbunden gewesen.⁷⁷ Da hier keine Trendwende in Sicht ist, bleibt diese Sanktionsart wohl trotz Neupositionierung eine Randerscheinung. Daran ändert auch die rein legislatorische Erhöhung der «Artenvielfalt» nichts.

5. Entlastung der Vollzugseinrichtungen

Von der Zurückdrängung von Freiheitsstrafen versprach man sich eine nachhaltige Entlastung des Strafvollzugs und damit auch Kosteneinsparungen.⁷⁸ Die neuen Regelungen, und hier insbesondere die grundsätzliche Abschaffung der kurzen unbedingten Freiheitsstrafe, sollten ein beträchtliches Potenzial zur Reduktion der Gefangenenzahlen haben.⁷⁹ Allerdings ist die Insassenpopulation in den Strafanstalten, wie Grafik 9 zeigt, auch nach der Einführung des neuen Systems weiter gewachsen.⁸⁰ Diese Entwicklung kann einerseits damit erklärt werden, dass es wohl einen Verlagerungseffekt von kurzen zu längeren Strafen gegeben hat, welcher den Entlastungseffekt aufhebt, und andererseits, wie bereits ausgeführt, die Verdrängung der kurzen Freiheitsstrafen nur sehr kurzzeitig Wirkung entfaltet hat.⁸¹ Der zu verzeichnende Anstieg von Ersatzfreiheitsstrafen wirkt dem Ziel der Senkung der Gefangenenzahlen ebenfalls entgegen. Eine Studie hatte bereits vor

75 Bundesamt für Statistik – Statistik der gemeinnützigen Arbeit, Stand 20. 7. 2015.

76 Bommer (Fn. 3), 28.

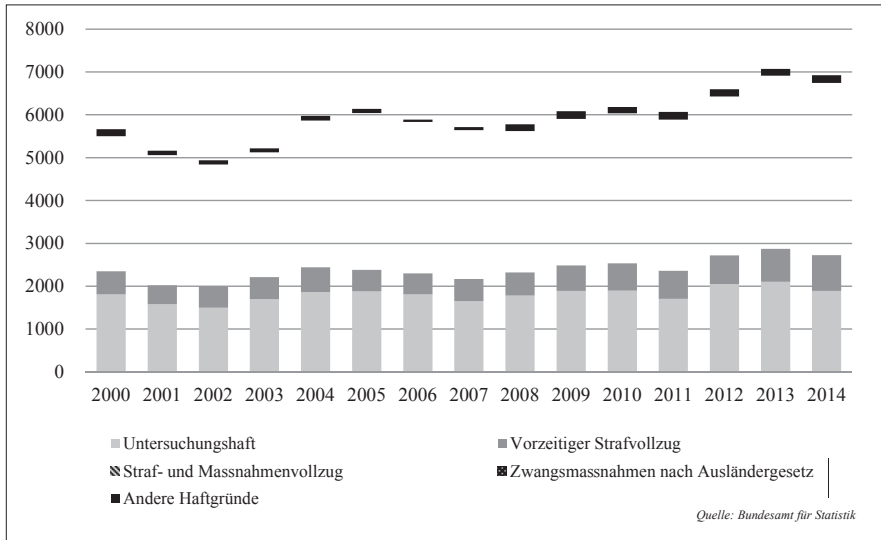
77 EJPD, Evaluation des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes, Zwischenbericht 2010, 15.

78 Schultz (Fn. 1), 77.

79 Riklin (Fn. 4), 92.

80 Killias, Korrektur (Fn. 30), 628.

81 F. Carruzzo, La limite supérieure du sursis, ZStrR 2000, 67 ff.; Killias, Korrektur (Fn. 30), 628.

Grafik 9: Freiheitsentzug: Entwicklung des Insassenbestands, 2000–2014

der Revision davor gewarnt, dass der Übergang zum Tagessatzsystem bei der Geldstrafe viele Verurteilte vor Probleme stellen könnte.⁸²

Festzuhalten bleibt, dass das Ziel der «Entlastung der Vollzugseinrichtungen» genau wie das der «Zurückdrängung der kurzen unbedingten Freiheitsstrafen» nicht erreicht wurde.

6. Bessere Verankerung rechtsstaatlicher Grundsätze im Massnahmenrecht

Mit der Neuregelung des Massnahmenrechts als eines gewichtigen Teils der Totalrevision des Allgemeinen Teils hat sich der Gesetzgeber grundsätzlich klar zum zweispurigen System bekannt.⁸³ Obwohl nur in etwas mehr als 1% aller Strafurteile eine Massnahme angeordnet wird, kommt dem Massnahmenrecht im

82 Killias, Korrektur (Fn. 30), 630; N. Raselli, Auswirkungen der Geldstrafe gemäss Vorentwurf zur StGB-Revision, Kriminologisches Bulletin 20/1 (1994), 71 ff.

83 M. Heer, Das neue Massnahmenrecht im Überblick, in: Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, hrsg. von M. Heer-Hensler, Bern 2007, 101, 103; Heer (Fn. 12), Vor Art. 56 N 19.

Bereich der mittleren und schweren Delikte eine erhebliche Bedeutung zu.⁸⁴ Das dualistisch-vikariierende System wurde nur im Bereich der Verwahrung aufgegeben, wo die Strafe vor der Massnahme vollzogen wird.⁸⁵ Überdies beinhaltet die Revision in Bezug auf therapeutische Massnahmen in weiten Teilen keine materiellen Neuerungen, sondern beschränkt sich primär auf eine Neustrukturierung. In den deutlicheren Regelungen der Anordnungsvoraussetzungen der Massnahmen kommt der Wunsch des Gesetzgebers zum Ausdruck, eine Ausuferung des Massnahmenrechts zu verhindern⁸⁶ und gleichzeitig rechtsstaatlichen Grundsätzen mehr Beachtung zu schenken.⁸⁷ Besonders hinzuweisen ist dabei auf die in Art. 56 StGB hervorgehobenen allgemeinen Grundsätze, die zwar bereits aus der Verfassung abgeleitet werden können, denen damit aber nochmals speziell Beachtung geschenkt wird,⁸⁸ wobei Art. 56 StGB als eine Art «Allgemeiner Teil» vor allem den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seinen verschiedenen Facetten umschreibt.⁸⁹

Die Problematik im Bereich der Massnahmen besteht nach wie vor hauptsächlich darin, dass Behandlungs- wie auch Gefährlichkeitsprognosen kaum zuverlässig sind.⁹⁰ Schwierigkeiten und Fehlprognosen werden längst nicht mehr bestritten und seien gar «programmiert».⁹¹ Die punitive Wende Anfang der 90er-Jahre hat hier zur Forderung der Öffentlichkeit nach einem «Nullrisiko» geführt, was eine vernünftige Arbeit der Justiz sowie der Vollzugsverantwortlichen erschwert.⁹² Heute erwarten weite Teile der Öffentlichkeit, dass die Behörden Rückfälle voraussehen und wirksam verhindern, indem sie potenziell gefährliche Menschen einsperren. Die Feststellung von Gefährlichkeit ist dabei stets Ergebnis einer normativen Wertung,⁹³ was bei den Verwahrungen noch genauer auszuführen sein wird.

84 S. Trechsel/B. Pauen Borer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, hrsg. von S. Trechsel/M. Pieth, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Vor Art. 56 N 2.

85 Killias/Kuhn/Dongois/Aebi, Grundriss (Fn. 19), 257; Heer (Fn. 83), 106; Heer (Fn. 12), Art. 56 N 12; Trechsel/Pauen Borer (Fn. 84), Vor Art. 56 N 5.

86 Heer (Fn. 83), 104; Heer (Fn. 12), Vor Art. 56 N 20.

87 Riklin (Fn. 4), 94.

88 Heer (Fn. 12), Art. 56 N 13.

89 F. Bänziger, Das neue Massnahmenrecht in Kürze, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, hrsg. von F. Bänziger/A. Hubschmid/J. Sollberger, 2. Auflage, Bern 2006, 169, 172; Heer (Fn. 13), 303.

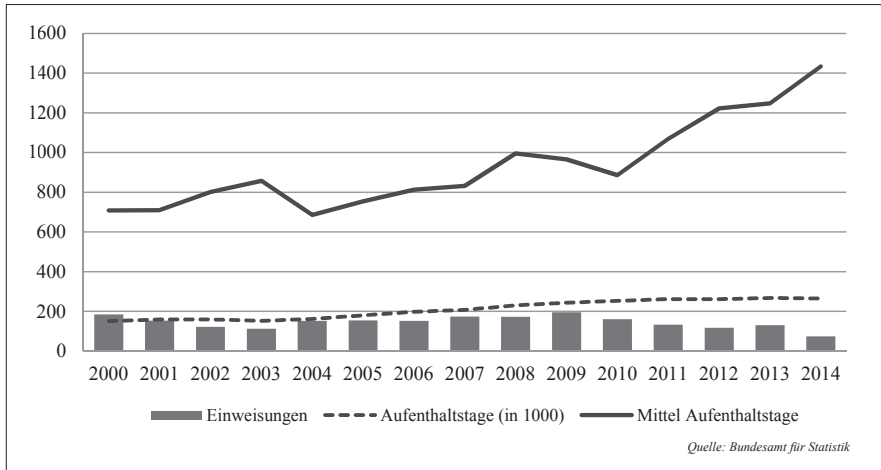
90 Heer (Fn. 83), 103; Heer (Fn. 8), 171 und 190 ff.; Kunz (Fn. 3), 252 f.; M. Brunner, Psychiatrische Gutachter agieren im rechtsfreien Raum, plädoyer 3/2005, 36, 39; G. Stratenwerth, Neuere Tendenzen im Massnahmerecht: Vereinbarkeit mit rechtsethischen Grundsätzen?, AJP 2000, 1345, 1350; M. Gmür, Die Gefährlichkeitsprognose, AJP 2004, 1307, 1311.

91 Bommer (Fn. 3), 36.

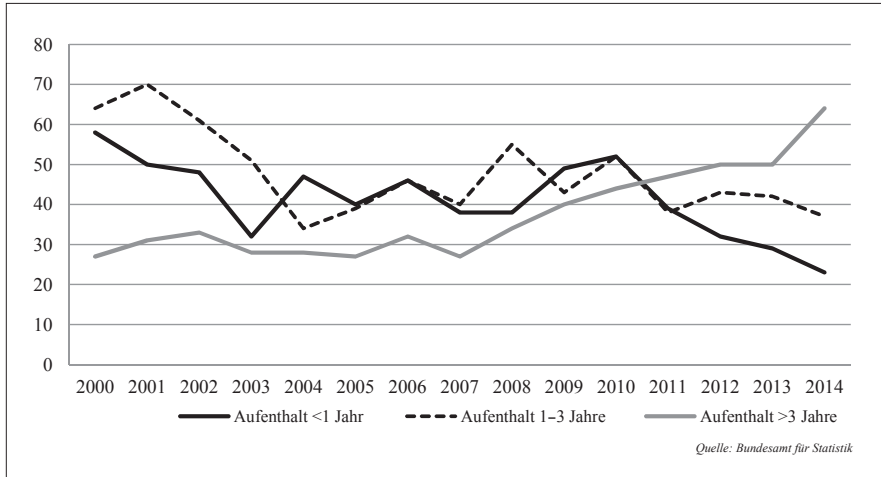
92 Heer (Fn. 83), 103; Trechsel/Pauen Borer, (Fn. 84), Vor Art. 56 N 1.

93 Brunner (Fn. 90), 36 und 38.

Grafik 10: Stationärer Massnahmenvollzug: Entwicklung der Einweisungen und Aufenthaltstage, 2000–2014



Grafik 11: Entlassungen aus dem stationären Massnahmenvollzug nach Aufenthaltsdauer, 2000–2014



Grafik 10 zeigt, dass das Ziel, das Massnahmenrecht nicht ausufern zu lassen, zumindest was die Einweisungen betrifft, erfüllt wurde. Seit der Revision ist durchaus ein Rückgang zu verzeichnen. Allerdings ist in der gleichen Zeit ein Anstieg der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer und auch der Aufenthaltstage insgesamt festzustellen. Es werden also insgesamt weniger Massnahmen angeord-

net, diese dauern aber im Schnitt länger. Im Ergebnis bedeutet dies, dass weder die Vollzugseinrichtungen entlastet noch die Kosten gesenkt werden.

Wie Grafik 11 aufzeigt, ist dies darauf zurückzuführen, dass vor allem sehr lang andauernde Massnahmen deutlich zugenommen haben, während bei den kürzeren ein Rückgang sichtbar ist. Anzumerken bleibt allerdings, dass die heute erfolgenden Entlassungen oftmals auf bereits vor der Revision gefällte Urteile zurückzuführen sind und deshalb mit dieser nicht in direktem Zusammenhang stehen müssen. Ob die Revision die «Ausuferung des Massnahmenrechts» verhindern wird bzw. darauf überhaupt einen Einfluss hat, bleibt zu bezweifeln. Bilanz zu ziehen, wäre allerdings verfrüht. Festhalten lässt sich, dass die Vollzugseinrichtungen noch keineswegs entlastet wurden. Ob die bessere Verankerung rechtsstaatlicher Grundsätze bereits Folgen hatte, lässt sich statistisch nicht eruieren.

7. Erhöhung der öffentlichen Sicherheit durch Verwahrungen

Die Wahrnehmung von Gefahren sowie der Gefährdung der Sicherheit unterliegt stets einem gesellschaftlichen Wandel, was sich deutlich am Beispiel der Verwahrung zeigt. Das tolerierbare Risiko ist deshalb normativ zu bestimmen, wobei die Frage, welche Unsicherheiten eine Gesellschaft in Kauf zu nehmen bereit ist, stets von einer Güterabwägung abhängt.⁹⁴ Lange Zeit hatten Vorbehalte gegenüber einem unbestimmten Freiheitsentzug bestanden.⁹⁵ Seit der punitiven Wende ist die Gesellschaft aber offenbar nicht mehr in gleichem Masse bereit, bestimmte Risiken einzugehen.⁹⁶ Das verstärkte Sicherheitsdenken, das die vormalige Resozialisierungstendenz der 60er- und 70er-Jahre stark zurückgedrängt hat, hat auch die Strafjustiz beeinflusst und prägt die Praxis zur Anordnung und zum Vollzug von Massnahmen. Bei der Verwahrung nach altem Recht hatte sich die Situation nach anfänglichen Überreaktionen auf den Fall bei Zollikerberg im Jahre 1993, welcher als Anlass – wohl aber nicht als eigentliche Ursache – für diese punitive Wende bezeichnet wird, auf leicht erhöhtem Niveau wieder normalisiert.⁹⁷

Ein klares Ziel der Revision 2007 war nicht zuletzt eine Verstärkung der öffentlichen Sicherheit, d. h. der Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Gewalttätern.⁹⁸ Das Massnahmenrecht und dabei speziell die Sicherungsverwahrung gefährlicher Straftäter nach Art. 64 ff. StGB wie auch die geschlossene stationäre

94 Heer (Fn. 8), 193.

95 Killias/Kuhn/Dongois/Aebi, Grundriss (Fn. 19), 259 f.; Heer (Fn. 13), 308.

96 Heer (Fn. 12), Vor Art. 56 N 15 f.

97 Heer (Fn. 8), 171 f. und 178.

98 BBl 1999 II 1979, 1981; Heer (Fn. 83), 104; U. Weder, Die «kleine Verwahrung» (Art. 59 Abs. 3 StGB) im Vergleich mit der Verwahrung gemäss Art. 64 StGB, ZSR 2011, 577, 578.

Unterbringung nach Art. 59 Abs. 3 StGB bildeten deshalb im Rahmen der Revision ein bedeutendes Element.⁹⁹

Neuerdings bezieht sich der Anwendungsbereich der ordentlichen Verwahrung nicht mehr nur auf rückfällige Gewohnheitsverbrecher, sondern auch auf Ersttäter, welche ebenfalls auf unbestimmte Zeit verwahrt werden können.¹⁰⁰ Die Verwahrung ist neu nicht an das Erfordernis eines erfolglosen tatsächlichen Versuchs einer Behandlung geknüpft und kann losgelöst von der psychiatrischen Diagnose einer seelischen Störung angeordnet werden.¹⁰¹ Sie ist allerdings zwingend auf ein Gutachten abzustützen und bei psychisch gestörten Tätern ist die Feststellung der Untherapierbarkeit neu als Voraussetzung eindeutig festgeschrieben.¹⁰² Damit erhalten Gefährlichkeitsprognose und Einschätzung bezüglich der Therapierbarkeit einen noch höheren Stellenwert. Die Legal- bzw. Gefährlichkeitsprognose gehört dabei zu den «schwierigsten, verantwortungsvollsten und umstrittensten Aufgaben» der forensischen Psychiatrie.¹⁰³ Durch diese Neuregelung der Verwahrung habe sich der Gesetzgeber selbst zu sehr an einen Sachverstand ausgeliefert, von dem man nicht einmal gesichert weiss, inwiefern es ihn gibt, lautet eine berechtigte Kritik.¹⁰⁴

Straftäter, die zwar therapierbar sind, d. h. längerfristig eine Heilungschance haben, aber trotzdem kurz- oder mittelfristig im Vollzug oder ausserhalb der Anstalt eine relevante Gefahr darstellen, können folglich nach neuem Recht nicht mehr nach Art. 64 StGB verwahrt werden.¹⁰⁵ Für diese Kategorie von Tätern sieht Art. 59 Abs. 3 StGB nun den Vollzug in einer geschlossenen, gesicherten Einrichtung vor. Ob sich diese Vollzugsform in der Praxis faktisch überhaupt von der Verwahrung unterscheidet, ist fraglich, weshalb sie auch öfter als «kleine Verwahrung» bezeichnet wird.¹⁰⁶

Bei der Verwahrung sind ferner – gerade auch im Vergleich zur Anordnung von therapeutischen Massnahmen – die Anlassdelikte klar spezifiziert und die Voraussetzungen damit weiter konkretisiert worden.¹⁰⁷ Der Zweck der Verwahrung liegt hauptsächlich in der Garantie der Sicherheit Dritter und ist nicht primär mit einem Therapieziel verbunden. Es handelt sich im Grunde um eine zeitlich

99 Weder (Fn. 98), 578.

100 Bänziger (Fn. 89), 179; Bommer (Fn. 3), 33; Kritisch auch: Heer (Fn. 8), 199; Trechsel/Stöckli (Fn. 8), Vor Art. 56 N 3.

101 Kritisch: Heer (Fn. 83), 111; Heer (Fn. 12), Art. 64 N 5; Riklin (Fn. 4), 97.

102 Heer (Fn. 12), Art. 64 N 54 und 87; Heer (Fn. 13), 306.

103 Heer (Fn. 8), 189 f.

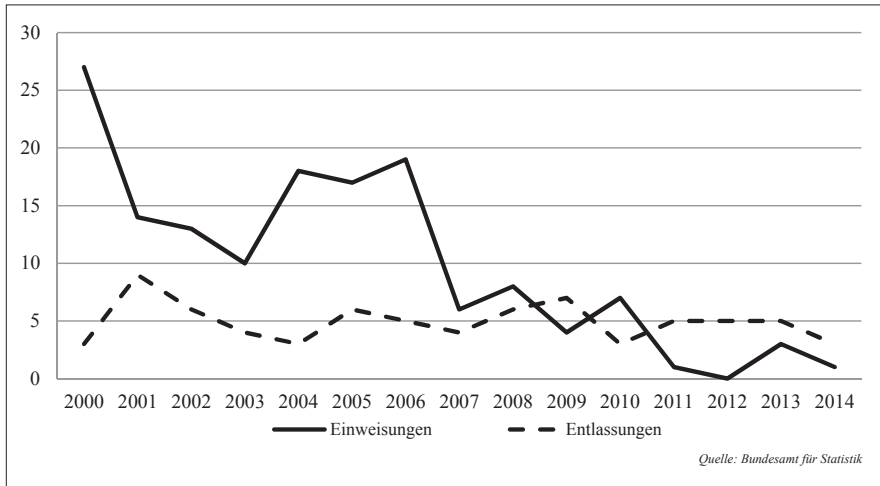
104 Bommer (Fn. 3), 36.

105 Heer (Fn. 83), 115; Heer (Fn. 12), Vor Art. 56 N 23.

106 Weder (Fn. 98), 577.

107 Riklin (Fn. 4), 95.

Grafik 12: Verwahrungen: Einweisungen und Entlassungen, 2000–2014



unbefristete Freiheitsstrafe.¹⁰⁸ Da ein Gericht bei der Anordnung von Verwahrungen die Untherapierbarkeit nicht ohne Vorliegen von Gutachten feststellen kann, bestanden grosse Zweifel, ob sich in der Praxis überhaupt Gutachter finden werden, die eine solche dauerhafte Therapieresistenz diagnostizieren werden. So wurde im Vorfeld der Revision die Prognose gestellt, dass gerade auch die lebenslange Verwahrung in der praktischen Umsetzung keinerlei Bedeutung erlangen werde.¹⁰⁹

Diese Prognose scheint sich nun bis zu einem gewissen Grad bestätigt zu haben.¹¹⁰ Tatsächlich sind, wie Grafik 12 illustriert, die Einweisungen in die Verwahrung seit der Revision weiter zurückgegangen bzw. fast verschwunden. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass mit der «kleinen Verwahrung» eine attraktivere und weniger heikle Alternative besteht, welche die Anordnung einer Verwahrung in vielen Fällen überflüssig macht.

Gleichzeitig hat sich der Insassenbestand beim stationären Massnahmenvollzug, wie in Grafik 13 abgebildet, seit 2003 konstant gesteigert und auch die Revision hat diese Entwicklung nicht gestoppt. Die Massnahmenvollzugseinrichtungen werden damit immer weiter belastet, vor allem aufgrund der längeren Aufenthaltszeiten. Auch aufgrund des öffentlichen Drucks sind die Ansprüche an eine Entlassung wohl gestiegen. Niemand scheint mehr die Verantwortung für Entlassungen übernehmen zu wollen – was besonders bei den Verwahrungen gilt.¹¹¹

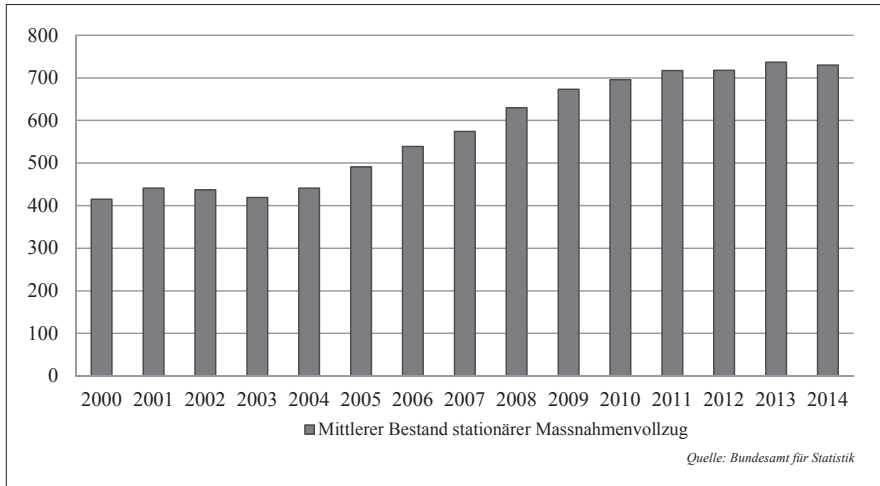
108 Heer (Fn. 8), 175 und 180.

109 Killias/Kuhn/Dongois/Aebi, Grundriss (Fn. 19), 260; Heer (Fn. 13), 308.

110 So auch Weder (Fn. 98), 591 ff.

111 Riklin (Fn. 4), 97.

Grafik 13: Entwicklung des mittleren Insassenbestands beim stationären Massnahmenvollzug, 2000–2014



Die Revision hat also die Trends im Bereich der Massnahmen kaum verändert. Die Sicherheitsverwahrung hat an Relevanz eingebüsst. Gleichzeitig wird der stationäre Massnahmenvollzug immer mehr belastet, wahrscheinlich aufgrund der «Konkurrenz» durch die «kleine Verwahrung». Die Verantwortung kann hier an den Vollzug weitergereicht und es muss nicht schon beim Urteil entschieden werden, wie es um die Therapierbarkeit der Angeklagten steht. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, steht gerade die lebenslange Verwahrung doch durchaus zu Recht in der Kritik.¹¹² Allerdings stellt sich die Frage, wie mit dem stetig ansteigenden Insassenbestand umgegangen werden soll. Was das primäre Ziel, nämlich die Erhöhung der öffentlichen Sicherheit angeht, gibt es bisher keine Daten, die darauf schliessen lassen, dass das neue Sanktionenrecht die präventive Wirkung der Sanktionen verringert oder verstärkt hat. Auf die Rückfallraten waren kurzfristig keine nennenswerten Auswirkungen zu verzeichnen.¹¹³

112 Stratenwerth (Fn. 90), 1345 ff.; Forster (Fn. 16), 420 f.; Kunz (Fn. 16), 234 ff.; Heer (Fn. 13), 308; Heer (Fn. 83), 129 f.; S. Trechsel, Von der Initiative zum Strafgesetz – Gedanken zur Gestaltung der lebenslangen Verwahrung im StGB, Jusletter vom 17. 5. 2004.

113 Bundesamt für Statistik, Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall. Erste Analysen der Rückfallentwicklung seit Inkraftsetzung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Jahr 2007, 2011, 10.

III. Die Re-Revision: letzte Rettung oder verfrühter Tatendrang?

Am 4. April 2012 hatte der Bundesrat die Botschaft zur Revision des AT des StGB verabschiedet, mit welcher bereits nach nur fünf Jahren das Sanktionensystem erneut geändert werden sollte.¹¹⁴ Angekündigt wurde, dass die bedingten Geldstrafen abgeschafft und die kurzen Freiheitsstrafen wieder eingeführt werden sollten, um die abschreckende Wirkung auf Straftäter zu erhöhen. Kurz: Der Bundesrat wollte zentrale Teile der Revision 2007 wieder rückgängig machen.¹¹⁵ Im Brennpunkt der Kritik stand dabei das eigentliche Kernelement der Revision von 2007: die weitgehende Ablösung kurzer Freiheitsstrafen durch Geldstrafen oder gemeinnützige Arbeit.¹¹⁶ Nach dem vom Bundesrat vorgeschlagenen Konzept sollte die gesetzliche Priorisierung zugunsten alternativer Strafen entfallen und die Freiheitsstrafe wieder vermehrt zur Anwendung kommen. Der Entwurf sah vor, dass Freiheitsstrafen schon ab drei Tagen wieder möglich sein sollten. Diese erneute Revision wurde damit gerechtfertigt, dass Strafbehörden und Politik dies fordern würden.¹¹⁷ In der Lehre wurden diese Vorschläge als Ausdruck eines Bestrebens zu verstärkter Repression kritisiert, was «wider alle Vernunft» sei.¹¹⁸

In der Sommersession 2015 sollten die eidgenössischen Räte also nur acht Jahre nach der Inkraftsetzung der Totalrevision – welcher wohlgemerkt eine rund 24 Jahre dauernde intensive Diskussion vorangegangen war – eine erneute Revision des Sanktionenrechts beschliessen. Der ursprüngliche Plan einer grundsätzlichen Re-Revision ist dann aber doch fehlgeschlagen, und es ist bei ein paar kosmetischen Eingriffen geblieben: Die Geldstrafe soll neu nur noch bis 180 Tagessätze möglich sein, was zahlenmässig kaum ins Gewicht fallen wird. Bei den stark kritisierten bedingten Geldstrafen bleibt alles beim Alten. Die unbedingte Freiheitsstrafe kann neu wieder ab drei Tagen angeordnet werden, allerdings bleibt eine etwas umständliche Prioritätsregel mit Begründungspflicht in Art. 41 StGB bestehen.¹¹⁹ Es bleibt abzuwarten, wie sich diese erneuten Anpassungen auswirken werden.

114 BBl 2012 4721.

115 So auch *F. Riklin*, Gastkommentar «Strafrechtsreform 2015 – viel Lärm um wenig» in der NZZ vom 6. 8. 2015, 17.

116 *F. Bommer/G. Stratenwerth*, Erneute Änderungen des Sanktionenrechts?, in: Festschrift für Hans Wiprächtiger, hrsg. von M. Heer/S. Heimgartner/M. A. Niggli/M. Thommen, Basel 2011, 15, 16.

117 *Mazzucchelli* (Fn. 18), Art. 41 N 1; BBl 2012 4721.

118 So *Bommer/Stratenwerth* (Fn. 116), 25.

119 Schlussabstimmungstext BBl 2015 4899.

IV. Fazit: Einsicht, Akzeptanz und neue Hoffnung

Das Sanktionenrecht ist nach wie vor eines der kriminalpolitisch aufgeladensten und wissenschaftlich umstrittensten Gebiete des Strafrechts, und so schnell wird es wohl kaum ruhig um den AT werden. Gerade bei den strafrechtlichen Sanktionen steht die Kriminalpolitik dabei vor der Herausforderung, eine «praktische Konkordanz von wissenschaftlicher Rationalität und gesellschaftlicher Emotionalität herzustellen»¹²⁰, wobei die Strafgesetzgebung in besonderem Masse den Schwankungen öffentlicher Meinungsbildungsprozesse unterworfen ist.¹²¹ Dies zeigte sich massgeblich in den verschiedenen Bestrebungen im Vorfeld dieser Totalrevision. Ursprünglich war sie getragen von einem liberalen Zeitgeist und einer den Resozialisierungsgedanken klar im Vordergrund haltenden Lehre. Eingeholt wurde sie durch einen punitiven Trend und die Forderung nach vermehrter Sicherheit und «Nullrisiko». Der daraus entstandene Kompromiss musste viele Erwartungen enttäuschen, gab aber doch Anlass zu verschiedenen Hoffnungen.

Nach einem Gesetzgebungsprojekt von dieser Grösse ist es wichtig, zurückzuschauen und genau zu analysieren, was funktioniert hat und was nicht. Es zeigte sich bei der Analyse der tatsächlichen Effekte der Revision, dass viele der ursprünglichen Zielsetzungen nicht erreicht werden konnten. Am eindrücklichsten zeigt sich dies bei den kurzen unbedingten Freiheitsstrafen: Obwohl eine Mehrheitsmeinung diese als unnötig und schädlich eingestuft hatte, wurden sie 2014 bereits wieder fast so oft ausgesprochen wie 2006. Dies muss zur Einsicht führen, dass die Neupositionierung der Geldstrafe primär zu einem selektiveren Einsatz der Freiheitsstrafe geführt hat. Diese Entwicklung hin zu einem Zweiklassenstrafrecht, in welchem für Gutsituierte die bedingte Geldstrafe und für sozial Schwächere primär ausländischer Herkunft unbedingte Freiheitsstrafen Realität sind, war weder Ziel der Revision noch ist diese Entwicklung in einem gerechten Schuldstrafrecht zu akzeptieren. Es ist nun aber wenig zielführend, in einem legislatorischen Über-eifer zur nächsten Revision anzusetzen – und dies ohne detaillierte Evaluation, Diskussion der möglichen Konsequenzen weiterer Änderungen des Sanktionenrechts oder Einigkeit über die grundsätzliche Stossrichtung weiterer Revisionen.

Die Baustellen einer nächsten Revision sind bereits bekannt: Die Regelung der Verwahrung, dabei vor allem – aber nicht nur – der lebenslangen Verwahrung, bewährt sich in der Praxis nicht. Hier scheint nur noch eine grundsätzliche Neuausrichtung den Weg aus dem Dilemma zwischen der Forderung nach Sicherheit vor Schwerverbrechern, Rechtsstaatlichkeit und den Grenzen der Prognoseverläss-

120 Kunz (Fn. 3), 235.

121 Bommer (Fn. 3), 44.

lichkeit zu weisen. Weiter sollen die unbedingten kurzen Freiheitsstrafen nun bereits wieder ermöglicht werden. Das ist aufgrund der Entwicklungen der letzten Jahre zu begrüßen. Allerdings sollen diese nun nicht mehr nur als Notventil zum Einsatz kommen, sondern wieder ganz regulär – und das heisst in der Regel bedingt – ausgesprochen werden können. Es kann deshalb durchaus sein, dass hier gar kein effektiver Anstieg zu vollziehender Freiheitsstrafen zu erwarten sein wird. Nicht nur deshalb wird man sich in der weiteren Debatte die Frage stellen müssen, inwieweit die heutige Regelung zum bedingten und teilbedingten Vollzug tatsächlich eine Flexibilisierung gebracht hat oder faktisch nur zu einer besseren Anspruchsgrundlage für Täter geführt und damit den Spielraum der Gerichte tatsächlich zu vollziehende Strafen (Freiheitsstrafen und Geldstrafen) zu verhängen, in Tat und Wahrheit eingeschränkt hat.

Es bleibt abzuwarten, was für neue Trends und Hoffnungen sich in diesem Bereich entwickeln werden. Für eine sinnvolle, praxisorientierte Kriminalpolitik mit erkennbaren Leitlinien muss es aber klar sein, dass zwischen rechtspolitischem Wunschdenken und wissenschaftlichen Fakten unterschieden und diese als grundlegend verschiedene, aber durchaus legitime Pole betrachtet werden müssen. Bei einer allfälligen nächsten Revision sollten erwünschte und unerwünschte Effekte fundierter abgeschätzt werden, um bewusster zu entscheiden, ob man diese in Kauf nehmen will oder nicht. Umso wichtiger ist es, die realen Folgen der Totalrevision genau zu evaluieren, um in Zukunft unerwünschte Effekte massgeblich zu vermeiden. Versöhnlich stimmt am Schluss, dass in jedem Bereich doch Wirkungen erzielt werden konnten – wenn auch nicht immer wie geplant. Dies lässt hoffen, dass die Kriminalpolitik als lenkendes Instrument doch von grosser Relevanz ist. Auch enttäuschte Hoffnungen sollten also nicht davon abbringen, weitere sorgfältige Schritte zu wagen und das Sanktionenrecht – auch fernab von tagesaktuellen Schlagzeilen – stets zu überdenken. Nicht umsonst bleibt die Diskussion über angemessene und wirkungsvolle Strafen das Herzstück des Strafrechts.

Traditionsreiche Zeitschrift zum Schweizerischen Strafrecht.



ZStrR

Schweizerische Zeitschrift
für Strafrecht

Ursula Cassani,
Wolfgang Wohlers (Herausgeber)

Jahresabonnement CHF 171.–

Erscheint 4x jährlich,
deutsch/französisch, geheftet,
0036-7893

Stämpfli
Verlag

Die traditionsreiche Zeitschrift zum Schweizerischen Strafrecht wird von namhaften Professorinnen und Professoren sowie von Bundesrichterninnen und Bundesrichtern herausgegeben. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Straf- und Massnahmenvollzugs sowie der Kriminologie. Umfassende Abhandlungen, Literaturanzeigen und wichtige Informationen wie zum Beispiel zum Internet komplettieren das Angebot der Zeitschrift. Die Zeitschrift richtet sich an Anwälte, Richter, Professoren, Dozenten, Studierende und an die Verwaltung.

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1
Postfach 5662
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com
www.staempfli.com

Ich bestelle

___ **Ex. Printabonnement Inland, CHF 171.–**

___ **Ex. Onlineabonnement, CHF 132.–**

___ **Ex. Einzelheft (exkl. Porto), CHF 36.–**

Preise ohne Mitgliedschaft.

Preisänderungen vorbehalten.

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse/PLZ, Ort _____

E-Mail _____

☐ Ich abonniere den Newsletter

1299-47/15